الطبيعة القانونية
لعقود المعلومات
(الحاسب الآلي - البرامج - الخدمات)

دكتور
السيد محمد السيد عمران
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



١٩٩٢

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤ شارع الدكتور مصطفى مشرفة ت ٤٨٣٥٢٢٤ الإسكندرية

الطبيعة القانونية
لعقود المعلومات
(الحاسب الآلي - البرامج / الخدمات)

الطبيعة القانونية
لعقود المعلومات
(الحاسب الآلي - البرامج - الخدمات)

دكتور
السيد محمد السيد عمران
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤ شارع الدكتور مصطفى مشرفة ت: ٤٨٣٥٢٢٤ الأسكندرية

إهـــــداء

إلى نبع الحب والحنان ..

إلى مستقر الطمأنينة والأمان ..

إلى ذكي الروح والامتنـان ..

إلى أمـي في ذكراها العطـرة .

دواعي اختيار البحث

لعل الدافع وراء اختيار هذا الموضوع يكمن فيما يكتنف التكييف القانوني لعقود المعلوماتية من صعوبات جمة ترجع إلى حداثة العهد باستخدام الحاسب الآلي . وما يتسم به من صبغة علمية تخصصية بحتة تستعصي . في تقديرنا . على رجال القانون

فضلاً عن أن المشاكل الكثيرة والمتنوعة التي تثيرها العقود التي ترد على العملية المعلوماتية وعقود الحاسب الآلي . عقود البرامج على اختلاف أنواعها عقود الخدمات كالدراسة والمشورة والمساعدة الفنية) تستلزم بالضرورة الاحاطة بكيفية إعطائها الوصف القانوني الصحيح حتى يتسنى انتظامها في نظم قانونية معروفة . وحتى يسهل حسم ماقد يثار بشأنها من منازعات . خاصة أن القانون المدني لم يورد ضمن نصوصه ما يحكمها وينظم مسائلها بشكل خاص

يضاف إلى ذلك وبحكم طبيعة هذه العقود ، التي قد تختلف بدرجة أو بأخرى عن الملكية الفنية والأدبية أنه يصعب تكييف هذه العقود على أنها كذلك ، ويستلزم معه محاولة تفسيرها وتصنيفها .

كما أنه لم تحظ الدراسة الماثلة بعناية كافية من الفقه المصري ومن عرج

على بحثها لم يخف الصعوبات التي واجهها عند خلعه للوصف القانوني السليم عليها .

هذه الصعوبات وغيرها كثير ، هي التي حدت بنا إلى اختيار هذه الدراسة والله نسأل أن يهدينا إلى سواء السبيل .

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد وتقسيم*

١ - ساعدت التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الحديثة على طرح أنظمة متقدمة من الحاسبات الآلية ، واستحداث أساليب مختلفة فعالة لتشغيلها ، مما شجع الكثير من المنشآت ، منذ سنين عدة ، على ابرام العديد من عقود « المعلوماتية » Contrats d'informatiques . تلك العقود التي تسمح بإنشاء وتجهيز الحاسبات الآلية[1] ، وتزويدها بالبرامج

---

* يلاحظ أنه نتيجة افتقار المكتبة العربية إلى المراجع التي تعالج هذه المسألة ، لذا كان لزاماً علينا الالتجاء إلى الفقه والقضاء المقارن في النظم القانونية للدول المتقدمة للوقوف على آخر ما وصل اليه رجال القانون في خصوص هذا الاكتشاف العلمي الذي يتطور وتتزايد اهميته يوماً بعد آخر .

(١) يشار عادة إلى الحاسب الآلي في اللغة الدارجة بالكومبيوتر ، وهذه التسمية انجليزية الأصل Computer وتقابلها كلمة Ordinateur في اللغة الفرنسية ، ويذهب البعض الى تسميته أيضاً بـ Quincaillerie باعتبار أن هذا المصطلح هو الترجمة الحرفية للمصطلح الانجليزي الشائع للدلالة على الحاسب الآلي Hardware :

انظر ; Blanquet (N.), La protection des programmes d'ordinateurs, mémoire pour le diplôme des Etudes supérieurs specialisées du droit de la propriété industrielle, Paris 11, Oct. 1979, No. 10, p. 6.

وانظر في استخدام المجمع اللغوي للتسمية الواردة في المتن : سعيد محمد المحجرسي ، المكتبات وبنوك المعلومات في مجمع الخالدين وحديث السهرة ، عام ١٩٨٥ ، توزيع

Logiciels المتنوعة والمتعددة[٢] . فضلاً عن العقود التي تتضمن مختلف الآداءات والخدمات السابقة واللاحقة على توريد الحاسب الآلي والبرامج .

ولاشك أن ظهور هذا الشكل الجديد من العقود يلقي بأعباء جديدة في مجال الدراسات القانونية ، خاصة تلك التي تتعلق بتكييفها .

ونظراً لحداثة العهد بهذه العقود نجد أن المشرع لم يتصد لتنظيمها وبيان أحكامها . غير أن ذلك لا يعني استحالة تصنيف هذه العقود وادخالها تحت إطار قوالب قانونية معروفة ومحددة سلفاً تمهيداً للوقوف على القواعد القانونية التي تحكمها[٣]

= البيت العربي للمعلومات ص ٢٧ وما بعدها . انظر محمد حسام محمود لطفي . الحماية القانونية لبرنامج الحاسب الإلكتروني ١٩٨٧ دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة . ص ٥ هامش ١

(٢) فقد قيل بأن غياب البرنامج يجعل من جهاز الحاسب الآلي قطعة من حديد عديمة الفائدة ؛

انظر : Blanquet (N.), Op. Cit. p.18 et p. 44. وقد نعت البعض كذلك الحاسب المجرد من البرنامج بالعجز عن تحقيق أية عملية

A.Bertrand. protections juridiques du logiciel, éd. LES PARQUES 1984, No. 11, p. 9

بل لقد يلجأ البعض في سبيل الدعاية للبرامج التي يسوقها إلى القول بأن الكومبيوتر بدون برامج مثل السيارة بدون اطارات ، فهو مجرد كتلة مكلفة من الصلب لا فائدة فيها « مجلة اكتوبر كومبيوتر العدد الرابع ، ٢٧ أكتوبر ١٩٨٥ ، ص ٤٠ ، مذكور عند محمد حسام ، البحث السابق ، ص ٦ هامش ١ . فمثل البرنامج من الحاسب الآلي كمثل القلب من الانسان .

(٣) - غني عن الذكر أن المشرع قد أورد أحكاماً لأنواع من العقود تحمل أسماء معينة ، جرى الاصطلاح على تسميتها بالعقود المسماة Contrats nommés تميزاً لها عن العقود غير المسماة Contrats innonmés . وأياً ما كان معيار التفرقة بين هاتين

لذا فالبحث في تحديد طبيعة وتكييف عقود « المعلوماتية » ليس من قبيل الترف العلمي الذي لا جدوى منه . بل هو يمثل فائدة هامة ، وهي إمكانية الإجابة على الإلحاح العملي والضروري للمسألة محل البحث ، بغرض الوقوف على الأحكام التي تنظم العقد بعد اعطائه الوصف

= الطائفتين ، فإن الطائفة الأولى تنظمها أحكام تختلف من عقد إلى آخر ، وتنقسم إلى أنواع : منها ما يرد على الملكية ، ومنها مايرد على الانتفاع بالشيء ، ومنها ما يرد على العمل . أما الطائفة الثانية فهي التي لم يضع لها القانون تنظيماً معيناً ، حتى ولو كان لها اسم معروف في الحياة العملية ، وهي عقود لم ترد تحت حصر ، فقد تكون بسيطة اذا كان العقد يرمى الى تحقيق غرض واحد ، وقد تكون مركبة اذا كان العقد ينطوي على تحقيق عدة أداءات ينتمي كل منها الى عقد من العقود ، وقد تكون مختلطة بين عدة عقود .

ولم يرد في القانون المدني المصري ، وعلى خلاف القانون المدني الفرنسي ، أحكام تحكم العقود التي جرى الاصطلاح على تسميتها بالعقود غير المسماة ، ومع ذلك ، انه بتفسير هذه الطائفة من العقود وتكييفها وفقاً للقواعد العامة في نظرية العقد ، وبأعمال القياس على ما جاء من تنظيم قانوني للعقود المسماة ، يمكن معرفة أحكام أقرب عقد مسمى تصلح للتطبيق على العقد غير المسمى .

وعلى ذلك ، لا صعوبة في الأمر بالنسبة للعقود غير المسماة المختلفة حيث تسرى عليها أحكام كل عقد من العقود التي تدخل في نطاق العقد غير المسمى . بيد أن المسألة تعنّ بالنسبة للعقد المختلط ، حيث قد يصعب تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود الداخلة في نطاقه مجتمعة ، وفي هذه الحالة يتعين تغليب أحد العقود باعتباره العقد الأصلي ، وما عداه من عقود يعتبر ثانوياً لا يؤثر في وصف العقد الأصلي ، وبالتالي لا يؤثر في تطبيق أحكامه دون غيره ، (وسنلاحظ أن هذه الفكرة منتقدة ، انظر المبحث الأخير من هذا البحث) . ويضرب الفقه مثالاً على ذلك بعقد الاشتراك في التليفون ، حيث نكون بصدد عقد مقاولة بالنسبة للخدمة التي يقوم بها عمال هيئة التليفونات ، وعقد اجارة بالنسبة للجهاز ، ويرجح الفقه عقد المقاولة في هذه الحالة (انظر توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ١٩٦٩ ص ١٥ و ١٩ . وانظر عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع ١٩٥٧ رقم ١١ والمراجع المشار اليها) .

الصحيح لأي لمعرفة أي نموذج للعقد اتجهت إليه الإرادة المشتركة لتمنحه قوته الإلزامية .

إن مقارنة الهياكل القانونية لعقود « المعلوماتية » لم يحددها التقنين المدني ، على الرغم مما يقدمه من صيغ تشكل طريقاً أو أسلوباً تقليدياً للبحث عن التكييف اللازم(٤) .

ونظراً لأن عقد « المعلوماتية » نابع من واقع علمي وتجاري ، لذا فإنه يكشف عن وجود عدة أوجه قانونية لا تتشابه فيما بينها لكي تعكس حقيقتها على نحو دقيق . فهو يأخذ من البيع والمقاولة والاجارة دون الخلط بينها . وهو يعني أيضاً ، وفي نفس الوقت ، أكثر من هذه المفاهيم مجتمعة . من هنا تبدو أهمية البحث في الطبيعة القانونية لمختلف الأداءات التي يدرجها الأطراف في عقد « المعلوماتية » .

حقيقة يقوم القضاء بهذا الدور ، بيد أنه يتعين ألا يقف بالتكييف عند الوصف الذي منحه الأطراف لا تفاقهم ، بشرط عدم الخروج على ما يرغب الأطراف فعله لحظة التعاقد .

---

(٤) V.Mialon (M.F.), Contribition à l'étude juridique d'un contrat de conseil: Le contrat de conseil en organisation d'entrprise, rev. trim. dr. civ. 1973, p.19.

وانظر ، نصيرة بوجمعة سعدى ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ،

رسالة دكتوراه ، حقوق الاسكندرية ١٩٨٧ ص ٢٢٥ .

ولتحقيق الأهداف التي يسعى إليها المستخدم L'utilisateur من وراء عقود « المعلوماتية » يتطلب في الأعم الأغلب من الأحوال تعدد العمليات التي يحددها العقد[٥]. وعقد هذا شأنه يفرض على المستخدم أو العميل سلسلة من الأداءات تقابل التزامات أخرى تقع على عاتق المورد . وقد يحمل هذا على الاعتقاد بأن تنوع الالتزامات اللازمة لانجاز العملية « المعلوماتية » يقابله قدر مماثل من عقود تتميز بعضها عن بعض . بيد أن الأمر على خلاف ذلك ، فبالرغم من تنوع الأداءات الخاصة بانجاز العملية « المعلوماتية » Opération informatique ، فإنها تحتفظ ، مع ذلك ، بطابع موحد له أثره على مسئولية المورد . لذا يجب ألا ننسى أن العملية ينبغي أن تؤخذ كوحدة متجانسة بالرغم من أن ارادة الأطراف تتجه إلى فعل الأداءات المتنوعة عن طريق استخدام قوالب قانونية مختلفة ، اذ يتعاصر توريدات الأموال المادية (جهاز الحاسب الآلي) مع تلك المتعلقة بالأموال المعنوية (البرامج المختلفة) ، أو الخدمات الذهنية (الدراسات والمشورة) مع المادية (التركيب) . من هنا يظهر بوضوح صعوبة التكييف نتيجة تنوع الأداءات التي تتشابك فيما بينها تشابكاً يمنع من فصل بعضها عن البعض الآخر .

٢ – وإذا كان تكييف العمليات الخاصة بالأموال المادية لا يثير كثيراً من المشاكل ، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتكييفات المتعلقة بالأموال المعنوية أو الخدمات الذهنية . ولكن لما كانت تلك الأداءات تجمعها وحدة المحل Objet Unique أو وحدة السبب Cause Unique أو

(٥) في هذا المعنى ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٢٤ .

وحدة الهدف but unique أو ربما وحدة الأطراف Parties peut-être ، لذا كان لزاماً علينا دراستها من خلال عقد واحد يضمها جميعاً ألا وهو عقد تسليم مفتاح Contrat clé en main .

وعلى ذلك نقسم دراستنا إلى فصول ثلاث :

الفصل الأول : في العمليات المتعلقة بالأموال المادية (الحاسب الآلي ، التركيب) .

الفصل الثاني : في العمليات المتعلقة بالأموال المعنوية (البرامج ، الخدمات الذهنية) .

الفصل الثالث : في عقد تسليم مفتاح .

الفصل الأول
في
العمليات المتعلقة بالأموال المادية
(الحاسب الآلى Ordinateur ، خدمات التركيب)

تمهيد وتقسيم :

٣ - لا تمثل العمليات القانونية الواردة على الجهاز ذاته[٦] صعوبة حقيقية من ناحية تحديد طبيعتها . فهي غالباً ما تتعلق بعقود بيع ، حيث يتم نقل حق الملكية ، على المال من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر في مقابل الثمن . وفي أحيان أخرى قد تتعلق بعقود ايجار ، حيث يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بالمال المؤجر - الجهاز ذاته - في مقابل الوفاء بالأجرة .

---

(٦) يلاحظ أنه يقصد بالجهاز هنا الحاسب الآلي Ordinateur ، لذا فإن استعمالنا لأي منهما يقوم مقام الآخر . كما يلاحظ أنه يقصد بالمال هنا الشيء أو العكس والذي يكون محلاً لحق استئثارى وهو الجهاز .

ومع ذلك ، قد تثور بعض الخلافات بين الأطراف حول معرفة ما إذا كان التصرف المبرم يعد بيعاً أم ايجاراً أم عقداً آخر من العقود . لذا يحسن بنا أن نعرض للفروض التي يثور الخلاف حول تكييفاتها ، والتي يمكن أن تتمثل في : البيع ، الايجار ، المقاولة ، العارية . بيد أننا سنتخذ في دراستنا هذه البيع والايجار بمثابة قوالب قانونية نرد اليهما التصرفات التي ترد على جهاز الحاسب الآلي ، ولذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : اعتبار العملية بيعاً .

المبحث الثاني : اعتبار العملية ايجاراً .

المبحث الأول
اعتبار العملية بيعاً

٤ – قد يكون العقد الذي يرد على جهاز الحاسب الآلي بيعاً ينقل ملكية الجهاز إلى العميل مقابل قيام هذا الأخير بدفع الثمن . وقد يقتصر العقد على تخويل العميل استعماله بمقابل ، وبالتالي يكون ايجاراً ؛ أو بدون مقابل ، وبالتالي يكون عارية استعمال . وقد يرد العقد على عمل يقوم به المورد ، وفي هذه الحالة يكيف بأنه مقاولة . لذا نعرض لهذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الأول : العملية بين البيع والايجار .
المطلب الثاني : العملية بين البيع والايجار الائتماني .
المطلب الثالث : العملية بين البيع والعارية .
المطلب الرابع : العملية بين البيع والمقاولة .

المطلب الأول
العملية بين البيع والايجار

٥ - لا تثير مسألة تكييف العقد الوارد على الحاسب الآلي كجهاز مشكلة اذا كان الهدف منه هو نقل ملكية الجهاز إلى العميل في مقابل دفع الثمن[٧] .

ومع ذلك ، توجد بعض الفروض ، يكشف عنها التطبيق العملي ، تحتاج إلى تفسير لمعرفة أي من الأحكام تنتظمها ، هل هي أحكام البيع ، أم أحكام أخرى ؟ .

الصحيح أن العبرة في التكييف بالعقد الذي توافرت عناصره ، وبما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، ووفقاً لظروف التعاقد . بيد أن الأمر لا يتم بهذه السهولة في كل الفروض التي تطرح في الواقع العملي . فلو فرض

(٧) تنص المادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري على أن عقد البيع هو : « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » . وانظر في الخلاف الذي ثار حول هذا النص بشأن انتقال الملكية بمجرد العقد ، سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ٣ ، العقود المسماة ، المجلد الثاني ، عقد البيع ١٩٦٨ ص ٢١ وقارن منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والايجار نبذة ٩ ص ١٤ ؛ السنهورى ، الوسيط جـ ٤ ، هامش ٢٢ ، وانظر عكس ذلك عبد المجيد الحكيم في بحث له بعنوان « هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية ، وهل يمكن أن يكون للالتزام أثر ، مجلة القضاء العراقية ، بغداد ، عدد حزيران ١٩٦٦ ؛ وانظر الرد عليهم ، سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢١ هامش ١ .

وطلبت منشأة حاسباً آلياً من أحد الموردين ودفعت جزءاً من الثمن وفقاً لسعر الشراء المتفق عليه ، وكانت شروط الوفاء تتضمن ايجاراً لمدة زمنية معينة مقابل أجرة شهرية ، وكان مقابل الايجار في جملته أعلى من ثمن الشراء ، مع ترك المورد يحصل على التمويل المخصص لشراء مثل هذه الأجهزة ممن يقوم بتمويل ذلك . وإذا ما فرض أن المنشأة التي سبق أن طلبت الجهاز ودفعت جزءاً من الثمن قد قدرت فيما بعد عدم مواصلة العملية « المعلوماتية » ، لسبب أو لآخر ، وطالبت باسترداد المبلغ الذي دفعته ، وإذا ما فرض أن المورد قد طلب بدوره من العميل الوفاء بباقي المبلغ . فهل يعتبر ذلك بيعاً وفق طلب المورد وبالتالي يعد العميل قد ارتكب خطأ نتيجة عدم وفائه بالتزاماته قبل المورد ؟ أم أن العملية تكون ايجاراً وفق تقدير العميل على أساس أن هذا الأخير لم يتعاقد مع المؤسسة المالية التي تتولى تمويل العملية « المعلوماتية » ؟ .

من المسلمات أن الغرض من البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ، وأنه يفترض وجود حق قائم في ذمة البائع يراد نقله هو ذاته إلى المشترى . أما الايجار فلا ينقل حقاً قائماً في ذمة المؤجر إلى ذمة المستأجر ، بل يقتصر على أن ينشىء في ذمة الأول التزاماً لمصلحة الثاني ، يقابله حق شخصى للأخير ، محله تمكين المستأجر من الانتفاع بعين معينة ، سواء كانت مملوكة للمؤجر أم لغيره ، وسواء كان هذا الانتفاع كلياً أم جزئياً حسب الاتفاق الوارد في عقد الايجار .

ولا وجه للالتباس ، كما يقول البعض[8] ، بين البيع والايجار إذا كان

---

(٨) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .

المعقود عليه مالاً مادياً ، وذلك لوضوح الفرق بين اتجاه قصد العاقدين إلى نقل الملكية أو اتجاهه الى الزام المالك فقط بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع بالشيء مدة معينة مع بقاء الملكية لصاحبها .

بيد أن الأمر يدق اذا كان المعقود عليه ليس مالاً مادياً بل مالاً معنوياً . وأياً ما كان الخلاف حول هذا الفرض[٩] ، فإن العبرة بقصد العاقدين وظروف التعاقد وأحكامه الواضحة حيث يمكن اعتبارها قرائن قد تكشف عن التكييف الذي اتجهت اليه ارادة العاقدين ، بمعنى أنها ترجح أحد التكييفين على الآخر إلى أن يثبت العكس[١٠] .

٦ – إلا أن الخلط قد يقع بين البيع والايجار لا بسبب المعقود عليه ، كما تقدم ، بل بسبب شروط التعاقد والأحكام التي اتفق عليها العاقدان . وهنا نجد اختلافاً في الفقه والقضاء حول تكييف هذا العقد ، كما هي الحال في المثال الذي افترضناه ، وإن كان لابد من ترجيح أحد التكييفين على الآخر . وهو ما انتهى اليه قضاة الموضوع في فرنسا وأيدتهم فيه محكمة استئناف باريس في نزاع تتلخص وقائعه في أن : « منشأة تدعى **Supplay** ادعت بأن العقد الذي أبرم مع شركة **Kienzle-Bail** بخصوص الحاسب الآلي لم يكن بيعاً ، بل إيجاراً ، وأن دفعها لمبلغ ١١٠٥٢ فرنكاً فرنسياً في ١٩ أبريل ١٩٧٨ ليس سوى ايجاراً عن الأشهر الثلاثة الأولى ، وبالتالي فلا محل لادعاء شركة **Kienzle-Bail** بوجود عقد بيع يتعين فسخه .

(٩) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، والآراء التي قيلت بخصوص هذا الفرض ص ٢٨ ومابعدها .

(١٠) في هذا المعنى ، السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ص ٢٨ .

وقد انتهت المحكمة إلى وصف العقد بأنه بيع ، لأن الوثيقة التعاقدية قد أوضحت في كل بنودها أن « الطلبية Commande » كانت بمثابة بيع ، وإن كانت قد احتوت على شروط للدفع تمثلت في عبارة « ايجار لخمس سنوات » . ولأن الثمن في البيع وقدره ١٣٦٠٠٠ فرنكاً ، يقابله الأجرة لستين شهراً وقدره ١٨٧٩٨٠ فرنكاً بواقع ٣١٣٣ فرنكاً عن كل شهر . واذا كان الثمن في البيع يقل بمقدار ٣٨٪ عن اجمالي الأجرة المشار اليها ، فالفرق بينهما ليس سوى تجسيداً للمصاريف والأعباء المالية التي اقتضتها العملية . ولأن العمر الافتراضي للحاسب الآلي هو خمس سنوات يصبح بانقضائها غير صالح للاستعمال . ولأن الصيغة القانونية لايجار الحاسب الآلي لمدة خمس سنوات ، الواردة في الوثيقة ، ليست سوى شرطاً منظماً لكيفية دفع الأقساط ، ولكنها تضع أمام العميل Supplay ، في نفس الوقت ، الخيار بين البيع الفوري والبيع الآجل طبقاً للشروط المالية المعروفة سلفاً والمقترحة من قبل شركة Kienzle-Bail . ولأن شركة Supplay لم تدع بأن طلبها كان معلقاً على حصولها على منحة مالية بحيث يمكن اعتباره شرطاً واقفاً يتوقف عليه إتمام الصفقة ، كما أنها لم تدفع بأي سبب صحيح ليحررها من هذا البيع ، مكتفية بأن هذه الأجهزة قد استخدمت في العمل وكانت محلاً لمضاربات مفتعلة .

لكل ذلك انتهى قضاة الموضوع إلى أنه يوجد عقد بيع بات منذ ١٤ أبريل ١٩٧٨ ، وهو تاريخ الاتفاق على الشيء المبيع والثمن وفقاً لنص المادة ١٥٨٣ د من التقنين المدني الفرنسي (المقابلة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري) ، وبالتالي ، لا أهمية لعدم ابرام عقد ايجار تمويلي بهدف التمويل بين شركتي Supplay و Kienzle-Bail . وعلى ذلك خلصت

محكمة استئناف باريس إلى أن الحكم الذي قرر فسخ هذا البيع لأخطاء شركة Supplay وحدها يعتبر حكماً صحيحاً[١١] .

خلاصة القول – ينبغي إعطاء التكييف الصحيح للعقد الذي استجمعت عناصره ، من أجل ذلك اهتمت المحكمة بإظهار أن « طلبية Commande » العميل لم تكن معلقة على شرط واقف ، وهو الحصول على منحة التمويل ، لأنه لم يحتج بهذا الشرط من قبله ، كما أنه بالاتفاق على الشيء (الحاسب الآلي) والثمن تكون عناصر عقد البيع قد أكتملت وفقاً لنصوص القانون المدني الفرنسي (م ١٥٨٣) والمدني المصري (م ٤١٨) وانتفت تبعاً لذلك عناصر عقد الايجار .

ومما يلفت النظر أن الواقع العملي يشهد تطبيقات عديدة لمثل هذه المنازعات وذلك بسبب الاشارات المتعددة في « طلبيات Commandes » البضاعة التي تحدد الثمن ، وبسبب الوسائل التي تحدد طرق الوفاء بالتفصيل مما قد يصاحبه شبهة الخلط بين البيع والايجار العادي ، أو البيع والايجار الأئتماني Lessing أو Credit-Bail[١٢] .

---

(١١) Paris, 25 Ch. B, 9 déc. 1982, Supplay C. Kienzle informatique, Juris-Data No. 27710, Cit. in Lamberterie, contrats de Crédit-bail et contrats clès en main J. cl Contrats distribution, Fasc 736.

(١٢) Paris, 16 ch. B, 11 mai 1984, Scor. Assistance C. Commerce de Versailles, inedit; Montpellier, 1 ch.D, 6 Oct. 1988, Societé Genelease C. chambre des métiers de l'Herault, inedit, V.Lamy contrats d'informatique, No. 284.

المطلب الثاني
العملية بين البيع والايجار الائتماني*

٧ – عرفنا أن أهم ما يميز البيع هو كونه يؤدي إلى نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن ، ومع ذلك تظل هناك منطقة يختلط فيها

---

* راجع في هذا العقد بصفة خاصة :
Coillot: Initiation au Leasing ou credit-bail 2e éd. 1969. El-Mokhtar Bey: Les aspects juridiques de la convention de Crédit bail mobilier (Pour une défence de l'éfficacité du leasing), J. C.P. éd. C.I., 1969. Et aussi, De la symbiotique dans les leasing et Crédit. bail mobiliers, Dalloz 1970. Champaud: La loi du 2 juillet 1966 Sur le Crédit-bail, J.C.P. 1966, L, 2021. Méra: Le leasing en France. Rev. trim. dr. com. 1966, 49, V.Lamy informatique No. 285.

وانظر كذلك : محمود محمد فهمى ، التأجير التمويلي ، وسيلة جديدة للتمويل وتنشيط سوق المال ، اصدارات وزارة شئون الاستثمار والتعاون الدولى ، الهيئة العامة لسوق المال ؛ ابراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٤ ؛ هانى محمد دويدار ، **Du, déséquilibe des prestations dans la convention de crédit-bail, Thesè Bordeaux, 1990.**

ومما يلفت الانتباه أن فكرة التأجير التمويلي (**Leasing** في القانون الأنجلو–أمريكي ، **Crédit bail** في القانون الفرنسي) ، حسب ما ذهب اليه البعض (المحتاربيه، المرجع السابق ، ص ٣ ومابعدها) ترجع الى سنة ٣٠٠٠ قبل الميلاد في مصر ، حيث نشأت علاقات ذات طابع منظم بين الدائنين والمدينين ، ومن أمثلة هذه العلاقات تلك الناشئة عن تأجير أحد الأغنياء لأدواته ، أو أحد عبيده إلى أحد الأغنياء الآخرين ، أو تأجير عقار أو أرض إلى رجل عادي لمدة فصل أو أكثر .

إلا أن ظهور نشاط التأجير التمويلي بصورته الحديثة قد بدأ في عام ١٩٥٢ عندما

لبيع مع غيره من العقود الأخرى لدرجة يصعب معها تحديد طبيعة العقد
ووصفه بأنه بيع أو عقد آخر .

= أسس د.ب. بوت شركة U.S.Leasing Corporation بالولايات المتحدة ثم ما لبث أن ذاع استخدام التأجير التمويلي .

وقد دفعت هذه الفكرة بالمشرع إلى التدخل حماية للأفراد من الملاك ، وتم ذلك لأول مرة عام ١٩٣٨ ، ثم تدخل بعد ذلك المشرع للتعديل في عام ١٩٥٤ ، ١٩٥٧ (انظر R.M. Goode Hire-purchase:Law and practice, London 1962) ، وباستقرار عقد الليسنج ، بصورته الحديثة ، في كل من انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ، انتقل الى فرنسا عام ١٩٦٢ تقريباً ، وتدخل المشرع الفرنسى لتنظيمه عام ١٩٦٦ تحت تسمية Crédit-bail (راجع في هذا القانون دالوز ١٩٦٦ - ٣٠٥ ثم تدخل المشرع في ٤ يوليه ١٩٧٣ ونظم بقرار رقم ٤١٥ لسنة ١٩٧٢ اجراءات شهر العقد بقصد الاحتجاج به على الغير) .

وجدير بالذكر أن « التأجير التمويلي هو ذروة التطور القانوني للصيغ الاقتصادية التمويلية التي تحقق للمشروع الحصول على المعدات والأصول الرأسمالية اللازمة له ، دون أن يضطر الى أداء كامل القيمة أو التكلفة اللازمة لذلك ، أو حتى دفعة مقدمة كبيرة ، وإنما يقتصر الأمر على أداء قيمة الأجرة المستحقة عن كل فترة زمنية ، مع الحفاظ في ذات الوقت على كامل الضمانات اللازمة للمؤجر لتلك المعدات ايجاراً تمويلياً ، عن طريق الاعتراف له بحقوق الملكية على تلك المعدات ، بحيث يمكنه استردادها اذا امتنع المستأجر عن أداء الأجرة ، ولا تدخل في تفليسة المستأجر اذا توقف عن الدفع ، ويكون للمستأجر في بعض الأنظمة القانونية عند انتهاء مدة الايجار الحق في اختيار شراء المعدات على أن يدفع مبلغاً (أو لا يدفع شيء) يؤخذ في الاعتبار عند تحديد مبالغ الأجرة التي تم الوفاء بها خلال مدة الايجار . وهذا المؤجر التمويلي لا يعدو أن يكون وسيطاً مالياً يتولى تمويل شراء الأصل الرأسمالي الذي يحدده المستأجر ويتفق على مواصفاته مع المورد ، وتتولى شركة التأجير التمويلي ، بوصفها الوسيط المالي ، أداء الثمن الى المورد ، على أن يتسلم المستأجر ذلك الأصل ليستعمله في مشروعه الانتاجي طوال مدة الايجار » (انظر محمود محمد فهمى ، المرجع السابق ، ص ٣ و ٤) .

ولعل أول ما يلفت النظر هو تحديد طبيعة العقد على أساس الوصف

= وعلى ذلك فقد تطور نظام الليسنج أو الايجار المملك ليظهر ، في صورته الحديثة ، كنظام ائتماني ، وكما رأينا فإن المجال الأساسي لعمليات الليزنج هي المعدات والتجهيزات الصناعية والحرفية باهظة الثمن والتكاليف . ولذا نتساءل عن أنواع التأجير التمويلي وتعريفه وطبيعته :

أولاً : أنواعه : تختلف صور التأجير التمويلي باختلاف الدول ، فالنوع الشائع في الولايات المتحدة الأمريكية هو المسمى بالتأجير التمويلي بدون حق الشراء الاختياري Without purchose option مع تمتع المؤجر بعائد بيع المعدات بعد انقضاء فترة التأجير ، ولا يكون للمستأجر الحق في أي نصيب من ايرادات بيع المعدات المؤجرة ، وان كان النوع الشائع في المملكة المتحدة من التأجير الائتماني يتفق مع ما يوجد بالولايات المتحدة في عدم أحقية المستأجر في الشراء الاختيارى إلا أنه يختلف عنه في تمتع المستأجر بالفوائد المتبقية أي يكون له حق المشاركة في ايرادات بيع الأصل بعد انقضاء فترة التأجير أو تحديد عقد الايجار ، أما في فرنسا ، فإن النوع الشائع هو التأجير مع حق الشراء الاختيارى ، حيث يكون للمستأجر الخيار في شراء المعدات في نهاية مدة العقد وفقاً للقيمة المتبقية أو لثمن متفق عليه ، أو قد لا يكون محدداً . وما عليه الحال في فرنسا هو نفس الحكم الذي جاءت به المادة الأولى من مشروع القانون الذي أعدته هيئة سوق المال بتنظيم عمليات التأجير التمويلي (انظر محمود محمد فهمى ، المرجع السابق ص ٥ ومابعدها) .

ثانياً : تعريفه : توجد عدة تعريفات نكتفي بعرض ثلاثة منها تمثل اتجاهات مختلفة : ففي انجلترا طبقاً لتعريف جمعية تأجير المعدات في المملكة المتحدة Equipment lease Association فإن (التأجير الائتماني هو عقد يبرم بين مؤجر ومستأجر لاستئجار أصل معين يختار بواسطة المستأجر من المصنع أو المورد لهذا الأصل ، ويحتفظ المؤجر فيه بملكية الأصول المستأجرة ، ويقوم المستأجر بحيازة هذا الأصل واستعماله مقابل أجرة محددة خلال مدة معينة) .

(A lease is a contract between a lessor and a lease fore the lire of a specific asset selected from a manufacture or vendor of such assets by the lease. The leasor retains ownershi.p of the asset on payment of specified rentals over a period).

الذي منحه له الطرفان . بيد أن الاعتماد على هذا الوصف ينبغي أن يؤخذ

= أما في فرنسا ، فقد عرفت المادة الأولى من القانون الصادر في ٢ يوليه ١٩٦٦ عمليات الائتمان التأجير Crédit-bail ، وهي التسمية التي تطلق على نشاط التأجير التمويلي في فرنسا بأنها : « عملية تأجير التجهيزات والآلات ذات الاستعمال الصناعي ، التي تقوم بشرائها المؤسسات المالية خاصة بقصد تأجيرها ، وتبقى محتفظة بحق ملكيتها ويكون من شأن هذه العملية تخويل المستأجر الحق في شراء التجهيزات كلها أو بعضها مقابل ثمن متفق عليه » . وأمام غموض هذا التعريف وعدم وضوحه ، فقد أعاد القانون رقم ٨٣٧ لسنة ١٩٦٧ الصادر في ٢٩ سبتمبر ١٩٦٧ التعريف على الوجه الآتي :

« عمليات الـ Crédit-bail المقصودة بهذا القانون هي : ١ - عمليات تأجير عتاد التجهيز وعتاد الآلات اللازمة للمصانع والحرف المختلفة . ٢ - العمليات التي بواسطتها يؤجر مشروع عقار لاستعمال مهني ، حيث يقوم بشرائه أو ببنائه لحسابه الخاص ، عندما تسمح هذه العمليات للمستأجر بأن يصبح مالكاً لكامل العقار المستأجر أو جزء منه ، عند نهاية الايجار على الأكثر ، إما عن طريق التنازل أو تنفيذاً لوعد بالبيع من جانب واحد ، وإما بالشراء المباشر أو غير المباشر لملكية الأرض القائم عليها العقار أو العقارات المستأجرة ، وإما بانتقال ملكية الأبنية المقامة على الأرض التي يتملكها المستأجر بمقتضى القانون » (انظر ابراهيم دسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، هامش ٤٦ ص ٣٥) .

أما في مصر ، فقد عرفته المادة الأولى من مشروع القانون الذي أعدته هيئة سوق المال بتنظيم عمليات التأجير التمويلي بأنه : « كل عقد يلتزم بمقتضاه شركة من شركات التأجير التمويلي تسمى المؤجر ، بأن تؤجر الى شخص آخر يسمى المستأجر نظير أجرة يحددها العقد ، منقولات أو عقارات يكون المؤجر قد اكتسب ملكيتها من طرف ثالث يسمى المورد بناء على طلب ومواصفات المستأجر ، ويكون للمستأجر في نهاية مدة الايجار الحق في اختيار شراء الأصل موضوع الايجار في الموعد وبالثمن المحدد بالعقد أو تحديد عقد الايجار لمدة أخرى يتفق عليها ، أو اعادة الأصل الى المؤجر على أن تراعى في تحديد الثمن في الحالة الأولى المبالغ التي سبق أن أداها المستأجر طوال مدة الايجار الى المؤجر » .

ثالثاً : طبيعته : تصعب في الحقيقة نسبة عقد الليزنغ ، وفقاً لشكله الحديث ، إلى

بعين الحذر ، لأنهما قد يخطئان في وصف العقد ، أو يتعمدان أو يتعمد أحدهما اخفاء حقيقة الأمور من خلال صيغ ملتوية .

= أحد الأنظمة القانونية المسماة ، بل أن هذه الصعوبة تمتد الى محاولتنا السابقة عرض تعريف محدد ومبسط له (انظر في ذلك ، ابراهيم دسوقى أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ومابعدها وص ٣٢١ ومابعدها) .

واذا حاولنا تحديد هذا العقد وجدنا أنه تصرف قانونى مركب ، يتضمن عدة عمليات قانونية تقليدية ، تكون في مجموعها كلاً لا يتجزأ ، أي أنه يمثل عملاً قانونياً مستقلاً بذاته ، ومتميزاً عن كل عمل من الأعمال القانونية المكونة له . أما من الوجهة الاقتصادية ، فهو يتحلل الى عملية أئتمان مالى ، لذلك ، فإن أقرب تسمية يقترحها البعض (أبو الليل ، الموضع السابق) هى عقد التجهيز الائتمانى أو عقد التمويل الائتمانى (راجع في نفس المعنى (MichelCabrillac,Leasing, No.3, Encyclopedia Dalloz.

والعمليات القانونية التي يتضمنها عقد الليزنج هى : شراء ، وكالة ، ائتمان : فهو عقد له مميزاته الخاصة وأحكامه الذاتية التي تميزه عن غيره من العقود . ولذا يتميز عن عقد الايجار العادى في أن قيمة بدلات الايجار التي يلتزم بها المستأجر في عقد الليزنج تكون مرتفعة بالنسبة لمثيلتها في الايجار العادى ، وإن كان البعض يرى عكس ذلك : حيث أن حساب أجرة عقد الليزنج تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأجرة في عقد الايجار العادي فتشمل أصل رأس المال المستثمر في شراء الآلة ، بالاضافة الى تغطية نفقات الشركة الممولة ، العامة والمالية ، فضلاً عن هامش ربحها . (انظر هانى محمد ديودار الرسالة السابقة ص ١٣٩ ومابعدها ص ١٤١-١٤٢). كما أن المستأجر يتحمل كافة الأخطار التي تتعرض لها التجهيزات ، بينما في الايجار العادى يتحمل المؤجر بعضاً من هذه الأخطار . أخيراً ، كما سبق بيانه ، فإنه يحق للمستأجر في عقد الليزنج تملك التجهيزات محل العقد عند نهاية مدته ، بينما لا يملك هذه الرخصة في الايجار العادي .

كما يختلف الليزنج عن البيع بالتقسيط ، حيث أن الأخير ينقل الملكية على الفور للمشترى ، بينما يظل المؤجر في الليزنج محتفظاً بملكية التجهيزات الى حين انتهاء مدته .

أما اختلاف الليزنج عن الايجار البيعي Location-Vente فيتبلور في الصفة التمويلية التي يظهر بها المؤجر ، فهو لا يكون مالكاً بداءة للتجهيزات التي يؤجرها للمستأجر

وعلى ذلك يصبح من المفيد بناء على الالتزامات المتبادلة التي يتحمل

= وإنما يقوم بشرائها خصيصاً لهذا الغرض ، لذلك فعقد الليزنغ يقترب بهذه الصفة من عقود التمويل ، (حيث يمكن أن تكون الأشياء محل عقد الليزنغ مملوكة لنفس المؤجر ، ويتحقق ذلك في العقد المسمى **leasing-adosé** والذي غالباً ما يتم في مجال الأجهزة الألكترونية . انظر ميشيل كابريلاك ، موسوعة داللوز ، المرجع السابق ، رقم ٦) ، أكثر من اقترابه من عقود الايجار ، هذا بالاضافة الى أن عقد الايجار البيعى عام التطبيق ولا يقتصر محله على أموال معينة ، بعكس الليزنغ الذي يقتصر عادة على أموال وعتاد التجهيز ، ولذلك فإنه مقيد بحسب الأصل بالأغراض الصناعية . بيد أن الاختلاف الجوهري بين الليزنغ والايجار البيعي يظهر في بقاء المؤجر في عقد الليزنغ مالكاً للتجهيزات المؤجرة الى حين انتهاء العقد ، ومن ثم يكون له حق استرداده من تفليسة المستأجر ، وعلى ذلك يمكن اعتبار هذا الأخير مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ، اذا قام بتبديد الأموال المسلمة اليه قبل تملكه لها ، وهذا مالا يقبله القضاء بالنسبة للبيع الايجارى .

كذلك يتميز الليزنغ عن عمليات التأجير الأخرى ، حيث يختلف عما يسمى بعقد التأجير التشغيلي **Renting** وفيه يتم تأجير الأصول للقيام بعمل محدود ثم يسترد المؤجر هذه الأصول لتأجيرها لمستأجر آخر . فهذا النوع الأخير من التأجير ماهي إلا عملية تجارية أكثر منها عملية مالية ، فالمؤجر يسعى الى اقتضاء ربحه ، ليس من خلال هامش يضاف الى معدل الفوائد ، وإنما عن طريق التفاوض على القيمة السوقية للأصل المؤجر ، ويتميز هذا النوع من التأجير عن غيره ببعض الخصائص ، فهو لا يسمح باستهلاك رأس المال المستثمر من قبل المؤجر لأن فترة التعاقد تغطى جزءاً فقط من العمر الافتراضي للأصل ، ولا يوجد خيار الشراء للمستأجر في نهاية مدة العقد ، فضلاً عن أن المؤجر يكون مسئولاً عادة عن صيانة وتأمين الأصل ، كما يتحمل مخاطر عدم صلاحية الأصول ، سواء بالهلاك أو عدم مسايرتها للتقدم العلمي والتكنولوجي ، وكثيراً ما يلجأ العميل إلى التأجير التشغيلي في حالة رغبته في الحصول على حاسب آلي لوقت قصير نتيجة توقعه لتطورات صناعية متقدمة على هذا النوع من الحاسبات الآلية ، مما يخشى معه صيرورتها غير حديثة . كما يتميز الليزنغ عن العقد المسمى **Leas back** ، والذي بواسطته يتخلى مشروع عن قسم من رأسماله العقاري ، ببيعه لمؤسسة مالية ، ثم يعود فيستأجره منها على الفور — وإن كان هذا العقد غير معروف في فرنسا

بها الطرفان أن نحدد الاطار القانوني الذي يهدف الأطراف الدخول فيه . فقد يهدفان إلى الدخول في عقد بيع ، وقد يهدفان إلى الدخول في عقد ايجار ائتماني أو تمويلي .

فقد يكون تأجير الحاسب الآلي هو القالب القانوني الذي تفرغ فيه علاقة ائتمانية ترتبط باستغلال الجهاز . ويتم ذلك عندما تقوم إحدى مؤسسات الائتمان التمويلي بتمويل أحد المستخدمين للحاسب الآلي مع الاحتفاظ بملكيه الجهاز إلى حين انتهاء المستخدم (العميل) من سداد الديون الناشئة عن فتح باب الائتمان ، ويتم افراغ العلاقة بين مؤسسة الائتمان ومستخدم الحاسب الآلي في صورة إيجار مع تمكين الأخير من تملك الجهاز ، أو عدم تملكه ، (حسب النظام القانوني المعمول به والذي ينظم العلاقة بين الممول والمستخدم) ، عند نهاية مدة الايجار ، وهذا ما يسمى بالتأجير التمويلي . وعلى ذلك لا توجد مشكلة حول تكييف العقد الذي سيكون محله جهاز الحاسب الآلي . فسيكيف على أنه بيع أو تأجير تمويلي ، طالما توافرت للعقد خصائص أي من هذين العقدين .

٨ – ومع ذلك تدق المسألة إذا كانت شروط العقد توحي بالخلط بين الأمرين : فعلى سبيل المثال ، ماهو الحكم إذا حصل مستخدم من مورد على حاسب آلي مع امكانية استرداده قبل عامين بسعر ٤٥٪ من ثمنه ، وهو شرط يبدو في صالح العميل ، مع العلم بأن تنفيذه كان يقتضي وجود عقد ايجار ائتماني بحسب المجرى العادي لقواعد التأجير التمويلي .

= (انظر أبو الليل ، المرجع السابق ص ٣٢٢ هامش ٧٣٠ والمراجع المشار اليها) .
انظر كذلك ، محمد ديويدار ، اتفاق الائتمان التأجير ، بحث لطلبة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ ، مطبوع على الآلة الكاتبة .

ومع ذلك ، فإن العميل ، رغم انتفاء وجود عقد تأجير تمويلي نتيجة شرائه الجهاز ، طالب المورد باسترداد الجهاز مقابل الثمن الذي ادعى الاتفاق عليه ، استناداً إلى خطاب المورد السابق على التعاقد ؟ .

عرضت هذه المسألة على القضاء بسبب الاختلاف حول تفسير العقد وتكييفه ، وانتهى قضاة الموضوع في فرنسا الى اعتباره عقد بيع وليس عقد ايجار ائتماني ، مستخلصين ذلك من الخطاب المرسل في ١٥ ابريل ١٩٧٧ من قبل المورد Rul إلى العميل Bib ، ذلك الخطاب الذي كان مكملاً للحديث التليفوني الذي تم بينهما ، ومضمونه هو امكانية استرجاع الحاسب الآلي وفقاً للشروط العامة للمورد في الاسترداد . ولما كانت شروط الاسترداد لا تتم ، من ناحية ، إلا بمناسبة وجود عقد ايجار ائتماني . ومن ناحية أخرى ، لا تتم إلا بمناسبة شراء العميل لجهاز جديد على أن تخصم قيمة الاسترداد من ثمن الشراء ، فإن قضاة الموضوع بما خلصوا اليه من عدم الموافقة على طلبات العميل والحكم لمصلحة المورد قد اعملوا صحيح القانون(١٣) .

---

(١٣) Paris, 5e Ch. C, 15 déc. 1981, Bib C. Ruf, Juris-Data No 28033 وقد جاء في حكم المحكمة ما يلي :

"Considerant que l'ordinateur dont s'agit à fait l'objct, non d'un contrat de crédit-bail ainsi que cela avait été prévu à l'origine, mais d'nn contrct de vente; considerant que lettre adressée le 15 avril 1977 par la Société Ruf à la société Bib est ainsi concue: «Suite à l'entretien téléphonique avec notre collaborateur, nous vous confirmons que nous pouvons reprendre le matériel Ruf 508, en cours de leasing, suivant nos conditions générales de reprise sur la base du prixhors taxes de facturationdu materiel d'un à deux aus: 45% prix H.T. Facture»; qu'il en resulte que la reprise de l'ordinateur n'a été envisagée par la

فلما كان من الممكن الخلط بين البيع وبين التأجير الائتماني ، بخصوص جهاز الحاسب الآلي ، خاصة في صورة التأجير الذي يسمح للمستأجر بتملك الجهاز ، لذا فإن تفسير إرادة المتعاقد والوقوف على ظروف التعاقد ، تبدو من الأهمية بمكان ، بغرض استجلاء العناصر المميزة لأي من العقدين وإعطاء الاتفاق وصفه الصحيح . بدهي أنه لن يتم ذلك إلا عن طريق التكييف الذي يقوم به القاضي :

= sociéte Ruf qu' à l'occasion d'un contrat de crédit-bail et non d'un contrat de vente, comme en l'espéce; que par ailleurs il n' aurait pu intervenir de reprise de l'ordinateur usagé par la société Ruf qu' à l'occasion de l'acquisition par la société Bib d'un nouvel ordinateur dont la valeur de reprise serait venue en déduction du prix d'achat; que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont débouté la société Bib de ses demandes''.

وانظر عكس ذلك ، حيث اعتبرت المحكمة العقد المتنازع فيه عقد ايجار تمويلي وليس بيعاً

Dans la mesure où sont pas contestées les données de base suivantes: l'achat d'un matériel informatique par une société sa mise à disposition par celle-ci au bénéfice d'une seconde, sa réception par cette derniére, on doit pouvoir eu conclure qu'il s'agit d'un contrat de crédit-bail.

Paris, 5e Ch. C, 11 Juillet 1991, Société Don Giovanni C. Société Loveco, inédit. Lamy informatique, Cahier No.30 Oct. 1991, No. 285.

المطلب الثالث

العملية بين البيع والعارية (Prêt à usagé)

٩ - معروف أن عقد البيع هو عقد معارضة Contrat à titre onereux لأن كلا من طرفي العقد يأخذ مقابلاً لما يلتزم به[١٤]. أما عقد العارية ، فهو طبقاً لنص المادة ٦٣٥ من التقنين المدنى المصري[١٥] عبارة عن : « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير مقابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » .

فالعارية وإن كانت تتفق مع البيع في كونها عقداً رضائياً ، إلا أنها تختلف عنه في أنها لا تتم بدون مقابل ، وفي كونها عقداً عينياً في القانون الفرنسي ، وعلى خلاف القانون المصري الحديث ، لا تتم إلا بتسليم الشيء المعار إلى المستعير لاستعماله والمحافظة عليه[١٦] .

وعلى ذلك ، قلما يقع لبس بين العقدين ، بيد أنه كثيراً ما يحدث في مجال العقود التي ترد على الحاسب الآلى أن يضع الموردون تحت تصرف عملائهم بعض الأجهزة بسندات قانونية تكون أحياناً متضاربة ، وهنا يتوقف الأمر على تكييف العقد لمعرفة ما إذا كان بيعاً أم عارية . مثال

(١٤) انظر المادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري .

(١٥) انظر المادة ١٨٧ وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي .

(١٦) انظر المادتان ٦٤٠ و ٦٤١ من التقنين المدني المصري .

ذلك ، ما عرض على القضاء من نزاع تتلخص وقائعه ، في أن واحداً من عناصر النزاع يتضمن ادعاء العميل (المستخدم) بأنه قد حاز الجهاز على سبيل العارية ، بينما المورد يدعى أنه قد باعه هذا الجهاز ؛ وقد انتهت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية ، بناء على الخطابات المتبادلة بين الطرفين ، بالتصديق على السلطة المطلقة لقضاة الموضوع في تقدير طبيعة الاتفاق ، حيث ذهبت محكمة الاستئناف إلى أن الأمر يتعلق بعقد بيع وليس بعارية[١٧] .

المطلب الرابع

العملية بين البيع والمقاولة (entreprise)

١٠ – المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[١٨]. ومع وضوح تعريف

---

(١٧) Cass. Com. 17 mars 1981, No. 97-13, 612, Cit. in lamberterie, op. cit, No. 47, p.38; adde, sur la difference entre prêt et vente à l'essai, Paris, 25e ch. A, 2 mars 1989, société Business management C.Société Télésoft, Juris-Data No. 20551;

Reims 1e ch. Civ. 7 Jév. 1990, Société Orgas C. Société M.D.G., Juris-Data No. 42251. et V. Lamy droit d'informatique, No. 286.

وانظر السنهورى ، الوسيط ، جـ ٦ ، ص ١٥٠٧ وما بعدها ؛ سليمان مرقس ، شرح القانون المدنى ، ٣ العقود المسماة ، المجلد الثاني ، عقد الايجار ، ط ٤ عام ١٩٨٥ ص ٣١ .

(١٨) المادة ٦٤٦ من التقنين المدنى المصري . وجدير بالذكر أن القانون الفرنسي لم يعرف

المقاولة هكذا ، فإن امكانية الخلط بين البيع والمقاولة يظل موجوداً ، خاصة في الحالات التي يلتزم فيها المورد بتوريد التجهيزات « المعلوماتية » equipements informatique[١٩]، أي فيما يخص المقاولة التي ترد على الأموال المنقولة وبيع المنقول .

حقيقة ، قد فقد التمييز بين عقدي البيع والمقاولة قدراً كبيراً من أهميته ، خاصة في فرنسا ، منذ أن مد القضاء إلى عقد المقاولة الواردة على المنقولات ، ميزة ضمان العيوب الخفية الخاصة بعقد البيع ؛ ومنذ أن طبق المشرع الفرنسى على بيع العقارات ، نظام المسئولية الخاصة بعقد مقاولة المباني ، المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى[٢٠]،

= حتى الآن عقد المقاولة بهذا الاسم Contrat d'entreprise وإنما عرفه باعتباره نوعاً من إجارة الأعمال Louage d'ouvrage متأثراً بالقانون الروماني في هذا الخصوص : فنص في المادة ١٧١٠ منه على أن عقد اجارة الأعمال هو ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد أحد الأطراف بعمل شيء لحساب الآخر لقاء أجر متفق عليه بينهما Article 1710 de code civil: «Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles».

(١٩) تشمل التجهيزات المعلوماتية ، توريد الحاسب الآلى ، وما يسبقه من أداءات الخدمة ، التركيب وما يليه من التكوين الشخصي لفريق التشغيل ، والصيانة .. الخ .

(٢٠) Art. 1792, (L. No. 78-12 du 4 janv. 1978) Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maitre ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, méme résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un des ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'equipement, le rendent impropre à sa destination.

ومع ذلك توجد اختلافات قائمة بين العقدين ، تخص الثمن ، ونقل الملكية ، والضمان ، وكذلك انتهاء العقد[21] .

١١ – المسألة تطرح ، إذن ، لمعرفة ما إذا كان توريد التجهيزات « المعلوماتية » ، (والتي تشمل الحاسب الآلى ، أداءات الخدمة ، التركيب ، التكوين الشخصى لفريق التشغيل ، الصيانة) ، تعتبر بمثابة عقد مقاولة أم بمثابة عقد بيع لأشياء منقولة[22] .

يتعين ، هنا ، أن نفرق بين فرضين : تشييد المباني ، وتوريد الأجهزة ، حيث تأخذ محكمة النقض الفرنسية ، دائماً ، بتكييف المقاولة إذا تعلق الأمر ببناء ، على اعتبار أن الأرض هى الأساس ، بغض النظر عن قيمتها ، بالرغم من أن المقاول يقوم بنقل ملكية المواد إلى مالك

= Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause etrangère.

(٢١) انظر في ذلك ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٢٦ ، هامش ١ . وانظر كذلك :
Civ. 18 Oct. 1911, D. 1912,1,113, Note planiol; Sirey 1912, L, 4, note Gaudemet.

وانظر في مصر للتمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٧ – ١ ، ص ٢٣ هامش ٣ . شنب ، عقد المقاولة ، ص ١٥ هامش ١ ، سليمان مرقس ، شرح القانون المدنى ، ٣ ، العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ، ص ٣٣ . توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

(٢٢) بتحديدنا لطبيعة العقد ستتضح لنا الصورة وعما اذا كان يخضع للتشريع الفرنسى رقم ٧٧–٥٨٤ الصادر في ١٦ يوليه ١٩٧١ الذي يهدف الى الاحتفاظ بالضمان في موضوع اسواق العمل أم لا .

الأرض[٢٣] . ولذا يفسر هذا التكييف المبدأ الذي بموجبه تعد المواد تابعة للأرض[٢٤] . وفقاً للقاعدة المأثورة Superlicies solocedit أن ما لصق بالأرض له حكمها .

بيد أنه يمكن الاعتراض على هذا التكييف عن طريق المقارنة بين قيمة المواد وقيمة العمل ، فيعد العقد عقد بيع إذا كانت قيمة المواد أعلا بكثير من قيمة العمل ، والعكس صحيح ، مع ملاحظة أن القضاء في فرنسا يرفض الأخذ بهذا المعيار في مجال تشييد المباني .

أما بالنسبة لتوريد الأجهزة ، فالغالب اعتبارها بمثابة عقد بيع . ولكن نتساءل هل تسمح عبارات القانون المتعلقة بالبيع[٢٥] باعتبار العمليات التي ترد على الحاسب الآلى بمثابة بيع ؟ .

قد يبدو واضحاً أن التنازل عن الحاسب الآلى يعد بيعاً . إلا أن تصنيع هذا الأخير يفترض المادة La matière والعمل De travail معاً . فبالاضافة الى التصميم والصناعة للحاسب الآلى كمعدات صناعية موحدة ، لابد من نقل الحاسب الآلي للعميل . فضلاً عن أنه قد يصمم الحاسب الآلى ويكيف خصيصاً لعميل معين .

---

(٢٣) انظر Civ.20 Fev. 1883, Sirey 1883, 1,313; D.1884, 32

(٢٤) انظر في هذا المعنى ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٢٧ والمراجع المشار اليها بهامش ٣ . وانظر المادة ٩٢٢ من القانون المدني المصري . وانظر السنهورى ، الوسيط ، جـ ١/٧ ص ٢٣ وما بعدها ، سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٢ وما بعدها .

(٢٥) المواد ٤١٨ مدنى مصرى ، ١٥٨٢ و ١٥٩٨ مدنى فرنسى .

فإذا كان تصميم الحاسب الآلي كمعدات صناعية موحدة دون تدخل من قبل العميل لا يثير مشكلة من حيث تكييفه ، حيث يعتبر بيعاً ، فإن نقل الحاسب الآلي ، بالتالي ، إلى العميل لا تأثير له على التكييف ، أو على حد قول البعض[٢٦]. « فإن توريد البضاعة إلى الموقع لا يغير شيئاً في تكييفها ، كما أن البيع مع تسليم البضائع حتى المنزل La vente livrable à domicile هو عمل مألوف ، ولا يغير نقل الحاسب الآلي على هيئة قطع منفصلة وتركيبها في الموقع على التكييف ، طالما أن التركيب يعد عنصراً لازماً » .

أما فيما يخص الحاسب الآلى المصمم خصيصاً لعميل معين ، أى وفقاً لمواصفات معينة Un Travail Sur Mesure ، نجد القضاء الفرنسى متردد فى شأنه : فتارة يكيف العلاقة القانونية على أنها مقاولة Une Entreprise ، وتارة يكيفها على أنها بيع شيء مستقبل Une Vente D'une chose future[٢٧]. فيذهب إلى تطبيق قواعد البيع فى حالة ما إذا كان المورد هو الذى تولى اعداد تصميمات الحاسب الآلى الذى يتعين

---

(٢٦) انظر ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٢٩ .

(٢٧) في هذا المعنى سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٢ . السنهورى ، الوسيط ، جـ ٤ ص ٣٠ و ٣١ ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٠ . بلانيول وريبر وهامل جـ ١٠ نبذة ٥ . وانظر [illegible] .

Artz (J.F.): L'entreprise mobilière avec fourniture de matière, essai de qualification. Th. Moutpellier 1972.

وكما تقول ، نصيرة في رسالتها ص ٢٣٠ هامش ٢ « لابد من وجود الشيء المباع ، ولكن لا يعد ضرورياً وجوده حالياً ، فوجوده مستقبلاً ، يعد كافياً ، طالما كان غير وهمى ، ففي مجال بيع البضائع ، من المألوف بيع الشيء مستقبلاً ، كبيع منتجات أو آلات سيتم صنعها ، أو في مرحلة التصنيع ، وهى حالات البيع مع تأجيل التسليم بالمقابلة الى بيع البضاعة الحاضرة ، والتي يفترض أن تكون تحت تصرف المشترى في مهل سريعة » .

صنعه ، وعلى العكس ، إذا كان العميل هو الذى تولى ذلك ، فإن قواعد المقاولة هى التى تنطبق . وهذا ما يعرف فى الفقه بالمعيار الذاتى[٢٨] أو بمعيار التصميم Le Critère dit de Conception وعو معيار لا يمكن إعماله بصدد الحاسب الآلى ، لأنه لا يستطيع أن يجيب على كثير من التساؤلات ، مثل : ما هو الحكم لو نوقشت التصميمات بصفة مشتركة ؟ أو إذا أقام المورد التصميمات بناء على تحديدات خاصة من قبل العميل ؟

١٢ – من أجل ذلك ، ذهب جانب من أحكام القضاء ، يسانده بعض من الفقه ، إلى إعمال ما يسمى بالمعيار الاقتصادى Le Critère Économique ، فيعتبر العلاقة مقاولة إذا كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة ، ويعتبرها بيعاً إذا تجاوزت قيمة المواد قيمة العمل نفسه[٢٩].

بيد أن هذا المعيار يؤدى إلى نتائج غير مرضية : لأن تصنيع الحاسب الآلى وتوريده قد يكون تارة مقاولة بحسب العمل المبذول ، وتارة أخرى بيعاً بحسب قيمة المادة ، لذا يصعب استخدامه فى التكييف ، خاصة أن الحاسب الآلى يتميز بتعقيد محله .

وعلى ذلك ، ذهب الفقه الفرنسى الغالب إلى تبنى معيار ثالث هو العقد المختلط ، الذى تختلط فيه سمات المقاولة والبيع ، حيث يظل العقد مقاولة حتى موعد تسليم الأعمال ، أى حتى التسليم ، وكما يقول البعض

---

(٢٨) في هذا المعنى ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٠ والمراجع المشار اليها بهامش ٤ .

(٢٩) نصيرة ، ص ٢٣١ والمراجع المشار اليها في الهوامش ١ و ٢ و ٣ و ٤ .

فى تكييفه لعقود نقل التكنولوجيا[٣٠] أن « النتيجة الأساسية لهذا النظام هى أن يفرض على المقاول (المورد) ضمان العيوب الخفية ... فإذا كان أصل العيب L'origine De Vice هو المادة ، يطبق نظام البيع ، أما إذا كان العيب قد حدث نتيجة العمل ، يطبق نظام المقاولة ، وتميز هذه الطريقة بين عيوب خاصة بالجهاز ، والعيوب الناتجة عن التنفيذ ، ولا يطبق عندئذ ضمان العيوب الخفية ، إلا فى حالة العيوب التى تؤثر على الحاسب الآلى الذى تم تقديمه ، إلا أن عيوب التنفيذ تسرى عليها الأحكام الخاصة بالمقاولة » .

وإن كان المعيار الثالث يعد منطقياً ، إلا أنه لا يوجد له صدى أمام القضاء الفرنسى الذى ظل متمسكا بالمعيار الاقتصادى لتكييف العقد ، رافضاً فى نفس الوقت الأخذ بالتكييف المركب ، وإن كنا نأمل بعد صدور حكم تبنى هذا النوع من التكييف أن تتطور الأمور[٣١]، مع الأخذ فى الاعتبار أنه لا يبنى حل على حكم واحد ، ولكنه بداية حل .

وأيا ما كان الأمر ، فإن المعايير المقترحة ليست من النظام العام ، وبالتالى فإن القانون الوضعى يعرف الكثير منها ، ولذا يذهب الفقه الفرنسى إلى أن هذه المعايير لا تؤدى وظيفتها إلا فى حالة عدم اعراب الأطراف عن نيتهم[٣٢]. وكما تقول الدكتورة نصيرة ، فى موضع آخر من رسالتها[٣٣]، « ولكن ما يبدو لنا أن هذه الارادة حاضرة ، أكثر مما

(٣٠) نصيرة ، هامش ص ٢٣٢ .

(٣١) انظر نقض فرنسى تجارى فى ١٩٧٨/١/٢٣ الأسبوع القانوني ١٩٧٨-٤-١٠٣ .

(٣٢) V.Mazeaud, H., L., et J., par de Juglart (M.), Lecons de droit civil, T.III, Volume 1 et 2, 4ème éd. 1974, No. 1336.

(٣٣) نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٣ .

نتخيل . ففى مجال الحاسبات الآلية (المجال الصناعى) ، نية الأطراف هى الرجوع إلى البيع » .

والجدير بالذكر ، أن الأطراف تتعاقد فى إطار اقتصادى محدد ، بيد أن ارادتهم تخضع ضمناً ، وفى نفس الوقت ، للأعراف المتفق عليها فى إطار مهنتهم[٣٤]، وهذا هو القصد الحقيقى ولو دون وعى من جانبهم . فعلى سبيل المثال ، إذا كان هناك حرفى ، وفى نفس الوقت يقوم بدور مقاول ، فإن العرف يجعل من صاحب الصنعة الذى يقوم بالانتاج بائعاً فى الأعم الأغلب[٣٥]، وهذه هى الصفة التى تضفى عليه[٣٦].

١٣ – وعلى ذلك ، يمكننا القول أن القضاء الفرنسى قد أدرك هذه الحقيقة ، إذ نجده فى العديد من المجالات يكيف عمليات البيع بصفة تلقائية دون أن يتوغل فى البحث ، واجراء المقارنات بصدد القيم المنصبة على كل من العمل والمادة ، ومن هنا ، فإن إقامة الحاسب الآلى L'installátion D'un Ordinateur يفترض القيام بالعديد من التجهيزات المسبقة ، واللاحقة ، ولاسيما وقت اعداد البرنامج الخاص به ، فإذا كانت

---

(٣٤) V.Tunc (A.): ebouche d'un droit professionnel, in melanges: Ripert 1950 et Pedamon (M.): y-a-t'il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, Rev. Trim. dr. Com. 1959, p.355, No. 23-24.

فليس من الضروري أن يلتزم الأطراف صراحة بعرف ما ، لكي يفرض عليهم .

(٣٥) نصيرة ، رسالتها ، والمراجع المشار اليها بهامش ١ ص ٢٣٤ .

(٣٦) انظر في مثل هذا التكييف الذي قد تم تصوره من جانب من الفقه الفرنسى ، والذي يتكلم عن بيع الخدمات Savatiér (R.), Les ventes de services, D. 1971, Chronique 223.

المادة التى يصنع منها الجهاز « المعلوماتى » Le Matèriel Informatique محلا للتنازل عنها من قبل صاحب الامتياز عليها ، فإن الوصف القانونى لهذه العملية هو دون شك عقد بيع(٣٧)، وبالتالى ، يكون العقد الوارد على الحاسب الآلى نفسه عقد بيع من باب أولى(٣٨).

يؤكد ذلك ، أن محكمة النقض الفرنسية ، خارج نطاق « المعلومانية » ، تسترجع بانتظام المعيار الذى يفرق بين بيع الشىء المستقبل والمقاولة . وتأخذ بهذا التكييف ، خاصة ، عندما يتطلب الشىء الواجب إعداده عملا نوعياً لكى يفى بالحاجات الخاصة وفقاً لمواصفات معينة واطار محدد(٣٩). Un Travail Sur mesure .

المبحث الثانى
اعتبار العملية إيجاراً

١٤ - لاحظنا فى المبحث السابق أن العملية المتعلقة بجهاز الحاسب الآلى قد كيفت ، فى النهاية ، على أنها بيع ، رغم مظنة الإعتقاد بأنها عقد آخر . لكن قد يهدف الطرفان إلى مجرد الترخيص باستعمال الجهاز على أن يظل المورد أو الممول مالكا له ، وبالتالى ، يكون له حق استرداده بعد انقضاء مدة الاستعمال ، سواء تم ذلك عن طريق عقد ايجار أم عارية .

---

(٣٧) انظر Mazeaud, op. cit., No. 1336

(٣٨) Paris 16e ch. A, 29 Sept. 1987, Banque parisienne de crédit C. Société S.E.S.A. Juris - Data No. 27807, et V. Lamy informatique, No. 287.

(٣٩) Cass, Com, 4 Juillet 1989, No. 88-14,371, Bull. Civ. 1V-141, Rev. trim, dr. Civ. 1990-105, obs. Ph. Rémy.

ولكن قد ينتهى الايجار إلى شراء العميل « أى المستخدم » الجهاز : بيد أن ذلك قد لا يبدو واضحاً للوهلة الأولى نتيجة ظروف التعاقد وغموض الارادة ، لذا تعن الحاجة إلى التفسير والتكييف حتى يمكن الوقوف على حقيقة العلاقة بين الطرفين واعطائها الوصف الصحيح .

وعلى ذلك ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : العملية بين الايجار والعارية .

المطلب الثانى : العملية بين الايجار والبيع الايجارى .

المطلب الأول
العمليـة بين الايجـار والعاريـة

١٥ ـــ عرفت المادة ٥٥٨ من التقنين المدنى المصرى عقد الايجار بأنه : « عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم »[٤٠]، بينما تعرف المادة ٦٣٥ من التقنين المدنى المصرى عقد العارية بأنه « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » .

---

(٤٠) انظر التعريف الذي جاء في المادة ١٧٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى : Art. 1709 de C.C.F. «Le louage des choses est un contrat par lequel lune des parties s'obige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-Ci s'oblige de lui payer».

وبناء على هذين التعريفين يتفق الايجار والعارية فى أن كلا منهما يرد على منفعة شيء ، ويختلفان فى أن الأول عقد معاوضة والثانى عقد تبرع ، لأن المستأجر يدفع مقابلا للانتفاع ؟ أما المستعير فلا يدفع شيئاً . وقد رتب المشرع على هذا الفرق اختلافاً فى الآثار التى تترتب على كل منهما ، فألزم المؤجر بصيانة العين الموجرة (المادة ٥٦٧ مدنى مصرى) وقصر العناية المطلوبة من المستأجر فيما يتعلق بالمحافظة على العين المؤجرة على عناية الشخص المعتاد (المادة ٥٨٣ مدنى مصرى) ، أما فى العارية ، فقد جعل نفقات الصيانة على المستعير (المادة ٦٤٠ مدنى مصرى) ، وألزمه بأن يبذل فى المحافظة على الشيء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ مدنى مصرى)[٤١].

ولكى نقف على تلك الآثار التى رتبها المشرع على كل منهما يلزم تكييف العقد لمعرفة ما إذا كان ايجاراً أم عارية .

١٦ – وإذا كان من النادر وجود تصرفات بدون عوض فيما بين أطراف العلاقة « المعلوماتية » ، إلا أنه يتصور أن تثار هذه المسألة فى القضاء . ولذا تبدو أهمية تكييف العلاقة لترتيب الآثار القانونية الصحيحة .

---

(٤١) انظر في تفصيل ذلك ، سليمان مرقس ، شرح القانون المدنى ، ٣ ، العقود المسماة ، المجلد الثانى ، عقد الايجار ، ط ٤ عام ١٩٨٥ ص ٣١ وما بعدها . السنهورى ، الوسيط ، جـ ٦ ص ١٥٠٩ ؛ السنهورى ، عقد الايجار (ايجار الأشياء) منشورات محمد الداية ، ص ٣١ وما بعدها .

ولحسن الطالع ، فقد وجد تطبيق قضائى لهذا الفرض : حيث إدعت شركة تسمى Gilles بصفتها مستخدمة ، على شركة أخرى تسمى Nixdorf بصفتها موردة لحاسب آلى ، أن ما يحكم العلاقة بينهما بخصوص الجهاز هو عقد عارية ، بينما استخلص القضاء وجود عقد ايجار ، وبالتالى ألزم الشركة الأولى بالوفاء بالأجرة للشركة الثانية .

وتتلخص الدعوى بين شركة Gilles وشركة Nixdorf فى أن الشركة الأولى قد استخدمت الحاسب الآلى الذى سلم إليها من قبل الشركة الثانية لعدة أسابيع بعد التسليم دون ابداء أى تحفظات . ثم عادت الشركة الأولى Gilles وطالبت الشركة الثانية Nixdorf بأن تسترد منها الجهاز ثانية ، مبررة ذلك ، فى خطابها الموجه إلى هذه الأخيرة ، بأن الحاسب الآلى لم يكن مطابقاً للمواصفات ، فضلا عن الأعطال المتتالية وغير المحتملة ، وبأن ما ينظم العلاقة بينهما هو عقد عارية بحجة أنها لم توقع عقد صيانة الجهاز الا بعد التسليم ، وأن الشركة الموردة قد خاطبتها بعد التسليم .

بيد أن المحكمة الفرنسية ، بعد تحليلها لظروف التعاقد ونية المتعاقدين المشتركة ، استخلصت وجود علاقة ايجارية للأسباب الآتية : فمن ناحية ، لا يعتقد أن شركة Nixdor F قد ارتضت اعارتها الجهاز لكونها شركة تجارية وليست مؤسسة خيرية ، فضلا عن تكلفة الجهاز الباهظة . ومن ناحية أخرى ، فإن الشركة المدعية باستخدامها للجهاز عدة أسابيع بعد التسليم دون ابداء أى تحفظ مع طلبها من الشركة المدعى عليها ، بناء على الخطاب الصادر منها ، استرداد الجهاز تكون قد أثبتت بنفسها العلاقة الايجارية ، خاصة أن هذا الخطاب قد تم بعد عدم إمكان حصولها على ايجار تمويلى وبعد التسلم بأسابيع .

أما بخصوص توقيع عقد الصيانة والخطاب الصادر من الشركة المدعى عليها بمقولة أنهما قد حدثا بعد التسليم ، فلم تلتفت إليهما المحكمة لأنهما قليلا الأهمية إذا ما قورنا بحيازة الحاسب الآلي واستغلاله دون تحفظ .

وبناء على كل ذلك ، حكمت محكمة استئناف باريس بأن ما ينظم العلاقة بين الشركتين هو عقد ايجار وليس عقد عارية ، ورتبت على هذا التكييف كافة الآثار التي يرتبها عقد الايجار(٤٢).

---

(٤٢) انظر Paris, 25e ch. A, 8 Janvier 1985, Société Andre Gilles C. Société Nixdorf, Juris-Data No. 20003.

وقد جاء في حكم المحكمة ما يلي :

«Considerant, surtout, que, dans les semaines qui ont suivi la livraison, la société Gilles, qui se trouvait en possession d'un exemplaire desdits bons de commande, a utilisé le matériel sans formuler de réserves; qu' elle ne pouvait évidemment penser que la société Nixdorf, qui est une société commerciale et non une entreprise philanthropique, lui consentait, à titre gratuit, le prêt d'un materiel onéreux; que, bien plus, dans sa lettre du 11 juin 1981 par laquelle elle demandait à la société Nixdorf de reprendre ce matériel, la société Gilles faisait elle-même état d'un "contrat de location", intervenu après que le «leasing» n'avait pu être obtenu, se bornant, pout justifier sa demande de reprise, à soutenir que le matériel n'était ni adapté, ni fiable et à faire état de «pannes successives et intolérables»; que si, effectivement, la société Gilles n'avait pas signé les contrats de location entretien que — postérieurement à la livraison — la société Nixdorf lui avait adressés pour officialiser leurs rapports, elle n'en a pas pour autant élevé, alors, la moindre protestation quant aux conditions juridiques dans lesquelles elle détenait et exploitait le matériel concerné;

المطلب الثانى
العملية بين الايجار والبيع الايجارى

١٧ - هناك سببان ، وفق اعتقادنا ، وراء ظهور ما يسمى بالبيع الايجارى Location - Vcnte : الخطورة التى تترتب على البيع بالتقسيط الذى يؤدى إلى نقل الملكية فور التعاقد مع احتمال تعرض البائعين لعدم الوفاء بكل الأقساط ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، الرغبة فى محاولة التجار ترويج تجارتهم ، حيث لجأوا إلى تجزئة ثمن البضاعة إلى أقساط يسيرة لا يتجاوز كل منها قيمة ايجار المبيع الا قليلا بغرض جذب العملاء .

وبالرغم من أن القصد من التعاقد هو بيع البضائع ، إلا أن من مصلحة التجار أن يكيفوا هذا العقد بأنه اجارة وليس بيعاً ، وفى نفس الوقت يتم تسليم محل العقد إلى العميل من وقت التعاقد ، مع عدم انتقال ملكية المبيع إلى العميل حتى يوفى جميع أقساط الأجرة المتفق عليها ، بحيث إذا تأخر فى أى قسط جاز للتاجر فسخ العقد واسترداد البضاعة مع الاحتفاظ بما قبضه من الثمن فى مقابل انتفاع العميل بالمبيع من وقت التعاقد حتى تاريخ الفسخ[٤٣].

= Couidérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'un contrat de location liait bien les parties, de leur commune volonté, en ce qui concerne le matériel»

وانظر كذلك ... V. aussi, Lamy droit d'informatique, No. 288.

(٤٣) انظر تفصيلاً واسعاً لدى سليمان مرقس ، عقد الايجار ، المرجع السابق ، ص ٧٤ وما بعدها . ابراهيم دسوقى أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ وما بعدها .

وجدير بالذكر أن قد ظهرت مزايا هذا النوع من التعامل فى مشروعات الاستثمار وسائر المشروعات الكبيرة ، وفى مقدمتها الحاسبات الآلية التى تحتاج إلى مكان تقام فيه ، أو معدات كثيرة غالية الثمن ، يقتضى شراؤها استنفاد الجزء الأكبر من رأس المال ، مما ينقص قدرة صاحب المشروع على تسييره ، وقد يضطره الوضع إلى الاقتراض بفوائد باهظة وبضمانات ثقيلة تضيف أعباء كثيرة على عاتق المشروع ، ولذا أطلق أخيراً على هذا العقد أسم التأجير التمويلى . بيد أن التسمية الأخيرة لا تنطبق بصفة مطلقة على البيع الايجارى ، بل يظل بين التسميتين فرق[٤٤].

وأياما كان أمر البيع الايجارى من حيث تكييفه ، وهل هو بيع أم ايجار ، وأياما كانت مزاياه وعيوبه للطرفين[٤٥]، فإنه يتحلل ، بصفة عامة ، إلى عقد ايجار مزود بوعد بالبيع ملزم للجانبين ، ومرتب لأثاره عند انقضاء فترة الايجار[٤٦].

(٤٤) وضحنا ، من قبل ، أنه نظراً لشيوع التأجير التمويلى منذ عهد الانفتاح الاقتصادى الأخير في مصر وكثرة مزاياه في تيسير اقامة المشروعات الكبيرة ، وضعت الدولة أخيراً ، مشروع قانون ينظم التأجير التمويلي وافقت عليه لجنة السياسات العليا في مارس ١٩٨٤ تمهيداً لعرضه على مجلس الوزراء ثم مجلس الشعب ، انظر سليمان مرقس ، عقد الايجار ، المرجع السابق ص ٧٦ وهامش ٥٣ مكرر ، وانظر له أيضاً ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها . وانظر الأهرام الاقتصادى ، العدد ٧٩٦ في ١٦ أبريل ١٩٨٤ ص ٣٦ وما بعدها ، وانظر الفرق بين الايجار التمويلى والبيع الايجار ما ورد بهوامش المطلب الثانى « اعتبار العملية بيعاً وايجاراً » المبحث الأول من الفصل الأول .

(٤٥) انظر تفصيلاً لذلك ، سليمان مرقس ، عقد الايجار ، ص ٧٦ وما بعدها ؛ أبو الليل ، المرجع السابق ، ٣٠٧ وما بعدها .

(٤٦) G. Cass et R. Bout, Lamy droit économique 1991, No. 8252 et S.

وعلى ذلك ، يختلف البيع الايجارى عن البيع بالتقسيط ، لأن الأخير ينقل الملكية فور التعاقد ، حتى ولو كان الثمن يدفع مجزءاً على أقساط ، كذلك يختلف البيع الايجارى عن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، بحيث لا تنتقل إلا بعد الوفاء بكامل الثمن ، وخاصة من ناحية الآثار المترتبة على فسخ كل منهما .

من ناحية أخرى ، يتميز البيع الايجارى عن عقد الايجار العادى الذى لا ينقل الملكية بأى حال من الأحوال ، كما يختلف عن عقد الايجار مع الوعد بالبيع ، حيث أن الأخير يكون ملزماً لجانب واحد ويسمح للمستأجر عند انقضاء الايجار ، إذا ما رغب ، أن يزاول حق الخيار الذى يسمح له باكتساب ملكية الشيء .

ولقد تطور البيع الايجارى مؤخراً ليظهر فى صورة جديدة تتمثل فى عقد الايجار الائتمانى أو الليزنج عندما يتعلق المحل ، خاصة ، بمال التجهيز Un Bien D'equipement[٤٧]. ومع ذلك يظل الكل منهما طبيعته الخاصة[٤٨].

---

(٤٧) للتمييز بين العقدين : انظر أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ وانظر :
Paris, 25e ch. A, 30 Mars 1989, Société Pra Productions C. société Compuloc, Juris - Data No. 22580.

(٤٨) فأهم ما يميز عقد الليزنج أن المؤجر لا يكون ، عند ابرام عقد الليزنج مالكاً أصلاً للأشياء محل الايجار ، وإنما يقوم بشرائها خصيصاً وفق ما سبق تحديده تحديداً كافياً من قبل المستأجر ، كما أن المستأجر تكون له في عقد الليزنج بجانب صفته كمستأجر ، صفة الوكيل عن المؤجر في عملية شراء التجهيزات والمعدات محل الايجار . كما أنه تنشأ عن عقد الليزنج علاقة ثلاثية الأطراف ، إذ يكون هناك بجانب عقد التأجير الذي يبرم بين شركة الليزنج والمستأجر ، عقد للتوريد ، طرفاه الصانع أو المورد وشركة الليزنج التي تحتفظ بملكية الأصل والذي سيستفيد منه مباشرة المستأجر رغم عدم كونه طرفاً فيه .

١٨ - ومع وضوح الفكرة بين البيع الايجارى وغيره من العقود ، إلا أن أهمية التفرقة بينه وبين الايجار تظل محل اعتبار ، وتأتى هذه الأهمية ، كما تقدم ، من أن عقد الايجار لا تكون له ذاتية خاصة تؤدى فيما بعد إلى نقل الملكية إلى المستأجر ، فى حين أن عقد البيع الايجارى ، فى معناه النهائى ، وبسبب ما يتضمنه من الوعد بالبيع الملزم للجانبين ، يؤدى إلى نقل الملكية تلقائياً بانقضاء عقد الايجار ، دون أن يستلزم أى مبادرة أخرى من قبل الأطراف .

ولقد واجه القضاء مشكلة من هذا القبيل بخصوص « حاسب آلى » ومدى معرفة موقف المستأجر الذى انقضت مدة عقده الموصوف بكونه بيعاً ايجارياً . فهل يظل محتفظاً بصفته كمستأجر فى حالة استمراره فى استعمال الحاسب تأسيساً على وجود تجديد ضمنى للعقد المذكور ، وبالتالى ، يلتزم بناء على هذا السند الضمنى بأن يدفع ايجاراً من جديد ؟ أم أنه يكتسب ملكية الشيء فور انتهاء المدة المذكورة ؟

هذا التردد مبعثه عبارة « بيع ايجارى » التى أدرجت فى العقد النموذجى لايجار جهاز الحاسب الآلى من قبل الكاتبة على الآلة الناسخة . فهل يعتبر هذا العقد بيعاً ايجارياً أم هو عقد ايجار عادى دون الالتفات إلى العبارة المدرجة « بيع ايجارى » بالعقد النموذجى ، رغم أنه فى عدم اعتبار هذه العبارة إهدار لقاعدة « أن الشروط المكتوبة تقدم على الشروط المطبوعة » ؟

لما كانت العبرة فى تكييف الاتفاق بما اتجهت إليه نية أطرافه فعلا ، وكان للقضاء سلطة إعطاء الاتفاق تكييفه الصحيح ، فيترتب على ذلك

أنه إذا ثبت لهم أن البيع هو الهدف المنشود من الاتفاق ، حق لهم اعتباره كذلك ، دون الوقوف على صياغة ووصف المتعاقدين له(٤٩).

وتظهر نية المتعاقدين واتجاههم إلى إبرام عقد بيع ، وليس عقد ايجار ، والعكس ، من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد ، وبصفة خاصة من حقيقة ومدى التزامات الطرفين(٥٠)، ومن النشاط المهنى الذى يمارسه المؤجر(٥١). وقد يتأكد أن المقصود بيع وليس ايجاراً ، والعكس ، من وجود اتفاق يلحق بالعقد ويظل سرياً بين المتعاقدين(٥٢).

كذلك يمكن تقرير وجود عقد بيع ، والعكس ، استنتاجاً من السلطات المخولة للمستأجر على الشيء محل التعاقد ، وما إذا كان بإمكانه التصرف فيه من عدمه(٥٣).

وفى ضوء ما تقدم قضت محكمة باريس الاستئنافية فى حكم لها صادر بتاريخ ٤ يونية ١٩٨١ ، بتأييد ما انتهت إليه محكمة الموضوع من اعتبار العلاقة « بيعاً إيجارياً » لأن هذا التكييف هو ما يتفق مع موقف الأطراف ونيتهما المشتركة وظروف التعاقد . وعلى ذلك يتعين رد أجرة الأشهر التى دفعت خطأ من جانب المستأجر بعد انتهاء مدة العقد(٥٤).

(٤٩) باريس ، ١٤ أبريل ١٩٣٨ ، داللوز ١٩٣٩-٢-٦٣ تعليق لالو .

(٥٠) عرائض فرنسى ، ١٢ مايو ١٩٣٦ ، داللوز ١٩٣٦-١-٣٨٩ .

(٥١) باريس ، ٢٠ فبراير ١٩٦٣ ، داللوز ١٩٦٣-١-٣٨٩ .

(٥٢) باريس ، ٢٣ أكتوبر ١٩٢٨ ، سيرى ١٩٣٠-٢-٤٧ .

(٥٣) نقض تجارى فرنسى ، ١٤ مايو ، ١٩٥٢ ، الأسبوع القانوني ١٩٥٢-٢-٧٣٢٧ .

(٥٤) La cour de Paris a juge que location - Vente rendait compte de la situation des parties et qu'en consequence les mensualités payées par

« ولقد جاء فى حكم محكمة باريس ، أن قضاة الدرجة الأولى قد احسنوا تقدير وجود عقد بيع ايجارى بين الأطراف المتنازعة . وترتيباً على ذلك ، فإنه يتعين رد الأشهر التى دفعت خطأ من قبل المستأجر « المدعو Ciga » الزائدة عن المدة المتفق عليها ، وهى مدة الستة وثلاثين شهراً . وإن كان من المناسب التمسك ، أولا ، بأن المؤجر « المدعو Memorex » لم ينازع فى أنه قد أضاف بنفسه عبارة « البيع الايجارى » المكتوبة بالآلة الناسخة فى العقد النموذجى الذى خاطب به ابتداء المستأجر لكى يوقعه الأخير ، مع أن الخطاب لم يتضمن هذه الاشارة . ومع ذلك فإن المستأجر رفض التوقيع على الصيغ المعدة سلفاً للايجار ، لكون هذه الصيغ غير مطابقة للاقتراح الذى تم فى ١٢ سبتمبر ١٩٧٢ . وبناء على رفض التوقيع من قبل المستأجر أضاف المؤجر إلى العقد النموذجى الصيغة المشار إليها .

فالعقد المتنازع فيه قد اشترط ، بالتطبيق للايجاب الصادر فى ١٢ سبتمبر ١٩٧٢ ، بأن يبرم لمدة ٣٦ شهراً بعد تسليم ما جملته اثنا عشر disc paches بأجرة شهرية قدرها ٥٨ فرنكاً لكل اسطوانة . وفى ١٧ يولية ١٩٧٣ خاطب المؤجر المستأجر بملحق الوثيقة « أى بالتعديل » المؤسس على صيغة الايجار ، حيث تم توقيعه من قبل الأطراف ، وقد تضمن نفس اشارة الآلة الناسخة « بيع ايجارى » مثلما أشار العقد الأول .

---

erreur par le locataire au - delà du terme du contrat devaient lui être restituées. V. Paris, 5e ch. 4 Juin 1981, Memorex C. Ciga, Juris - Data No. 23481.

وبناء على المستندات المقدمة ، فإن تكييف العقد على أنه « عقد بيع ايجارى » والمستنتج من الشروط المتفق عليها من قبل الأطراف ، التى تتطابق مع إرادتهم المشتركة ، يجب أن يرجح على الشروط النموذجية المطبوعة ، لأنها لاتتلاءم مع هذا التكييف وارادة الأطراف .

فضلا عن ذلك ، فإن الطبيعة القانونية للتعاقد تتأكد من قبل المؤجر حيث توضح مدة البيع الايجارى بثلاث سنوات ، والأجرة الشهرية خارج الضريبة بـ ٥٨ فرنكاً لكل اسطوانة ، وتحدد فى نفس الوقت ، أنه فى نهاية المدة فإن les disc paches ستنقل ملكيتها إلى المستأجر ، هذه الاقتراحات التى تنشىء ايجاباً ، والتى قبلت من قبل المستأنف عليه تلزم بحق المؤجر المدعو Memorex[٥٥].

١٩ - خلاصة القول ستظل مسألة تكييف العقود التى ترد على جهاز الحاسب الآلى لها أهميتها لإعطاء العلاقة الوصف الصحيح ، حتى يتسنى ترتيب الآثار القانونية بناء على التكييف الذى يعطى لهذه العلاقة .

وترجع أهمية التكييف إلى عدم وجود نصوص تشريعية صريحة تنظم المسألة محل البحث ، فضلا عن تنوع الأداءات الخاصة بالعملية « المعلوماتية » ، والذى يصاحبه تنوع الالتزامات ، وما قد يصاحبه من استخدام صيغ أو قوالب قانونية مختلفة لافراغ هذه الاتفاقات فيها .

ونظراً لأن عقد « المعلوماتية » ينبع من واقع علمى وتجارى ، فإن هذا العقد يكشف عن وجود عدة أداءات مختلفة لاتتشابه فيما بينها ، مثل

(٥٥) انظر الحكم المشار اليه .

خدمات البرامج ، وتقديم المشورة ، والقيام بالدراسات اللازمة ، لذا تبدو الأهمية البالغة للوقوف على الطبيعة القانونية لمختلف الأداءات التى يدرجها الأطراف فى عقد « المعلوماتية » . وهو ما نحاول توضيحه فى الفصل التالى :

الفصل الثانى
فى
العمليات المتعلقة بالأموال المعنوية (البرامج Logiciels ، الخدمات الذهنيـة Ex. Conseil, Études

تمهيـد وتقسـيم :

٢٠ – لوحظ من خلال دراستنا السابقة أن العلاقات القانونية التى تدور حول الحاسب الآلى ، كشىء مادى ملموس ، لا تطرح مشاكل تستعصى على التكييف . بل وحتى الفروض التى قد تكتنفها بعض الصعاب ، والتى تقتضى تدخلا قضائيا ، فيمكن تذليل هذه الصعاب عن طريق تفسيرها وفق شكل أو آخر من الأشكال القانونية المعروفة والمنظمة سلفا من قبل المشرع ، باعتبار هذه الاشكال القانونية صيغاً تشكل طريقاً أو أسلوباً تقليدياً للبحث عن التكييف اللازم : كالبيع ، كالايجار ، وكالمقايضة ... الخ » .

وحتى بالنسبة للهياكل التعاقدية الجديدة التى تظهر من وقت لآخر ، مثل الايجار الائتمانى أو التمويلي ، فإن المشرع سرعان ما يتولى المسألة التى رسم القضاء إطارها[1].

(١) فقد سارع المشرع في كثير من الدول الى تنظيم هذا العقد : انظر تدخل المشرع

٢١ - أما فيما يتعلق ، على العكس ، بالاداءات غير المادية (المعنوية) ، مثل الخدمات ، وخاصة ، تلك التى تتعلق بنطاق « المعلوماتية » ، فإن تكييف الاتفاقات الخاصة بها تكون أكثر اضطراباً من تلك المتعلقة بالأموال المادية (الحاسب الآلى) . ولعل السبب فى ذلك يكمن فى تنوع الخدمات ، وعدم وضوح محلها . فضلا عن أن العقود التى تتناولها لا تكون ، دائما بالضرورة ، محررة بدقة ، مما يؤدى إلى صعوبة ادخالها تحت تصنيف قانونى معروف مسبقاً : فهناك سلسلة من العقود تتسم بعدم الثبات والتحديد الدقيق فى بنودها مثل عقود التصميم La Conception ، وطريقة الصنع Le Procédé ، وتقديم المشورة Conseil فيما يخص تشغيل الحاسب الآلى واعداد فريق المستخدمين للجهاز ، وتقديم المعرفة الفنية - Le Know - How (Savoir Faire) ، وترخيص براءة الاختراع للبرامج La Licence De brevet ... الخ .

وأياما كان الأمر ، فإن التحليل والتكييف ينبغى أن تنصب على نوعين من الاداءات باعتبارهما الدعائم الاساسية التى لاتستقيم عقود المعلوماتية بدونها : أداءات البرامج التى توضع تحت تصرف المستخدمين أو العملاء ، والأداءات الأخرى مثل اعطاء المشورة ، وتقديم المعرفة الفنية ، والقيام بالدراسات ، واعداد فريق المستخدمين ، وهذا ما نتناوله فى مبحثين :

= الأمريكى والانجليزى لتنظيم هذا العقد ابتداء من عام ١٩٣٨ . وكذلك تدخل المشرع الفرنسى لتنظيمه عام ١٩٦٦ والتعديلات التي تمت بعد ذلك ، مابعد هامش ١٢ بالفصل الأول من هذا المبحث ، وكذلك انظر مشروع القانون الذي أعدته هيئة سوق المال والذى وافق عليه من قبل لجنة السياسات تمهيداً لعرضه على مجلس الوزراء ومجلس الشعب ١٩٨٤ ، الهامش المشار اليه .

المبحث الأول : تكييف أداءات أو خدمات البرامج .

المبحث الثانى : تكييف الأداءات المتعلقة بالخدمات الأخرى .

المبحث الأول
تكييف أداءات أو خدمات البرامج(*)

وضع المسألة ، تقسيم :

٢٢ – غنى عن البيان أن البرنامج من الحاسب الآلى مثل القلب من الإنسان وبالتالى لا يمكن أن يؤدى جهاز الحاسب الآلى وظيفته دون

(*) يحسن بنا ، في هذا الهامش ، أن نعطى لمحة سريعة وموجزة حول تعريف البرامج : فهى تعليمات مكتوبة بلغة ما ، موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى بالحاسب الآلى بغرض الوصول الى نتيجة معينة (انظر محمد حسام لطفى ، المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها) . وكتابة البرامج على هذا النحو ليست بالعملية اليسيرة ، بل تأخذ من الوقت والجهد قدراً كبيراً ، وكما يجوز كتابة البرامج باحدى اللغات التقنية الدارجة ، فإنه من المتصور أن ينجح الانسان في جعل لغة كتابة البرامج هى لغته التي يتعامل بها مع غيره من بنى الانسان في حياته اليومية .

ويمكن تلخيص أهم المراحل المتعاقبة على الوصول الى البرامج في صياغتها النهائية على النحو التالى : (انظر **André Bertrand, La protection des programmes d'ordinateur aux USA par le droit d'auteur, Expertise, No. 55, Oct. 1983, p. 201 et S.**)

أولاً : اعداد وصف تفصيلى للمشكلة بعد جمع كافة البيانات الخاصة بها ، وبيان ذلك ، أن كل مشكلة تستلزم حلولاً متميزة مختلفة عن الحلول التي يؤخذ بها في حل المشكلات الأخرى .

برامج : فالبرنامج الأساسي Logiciel De Base أو نظام الاستغلال Système D'exploitation يسمح بطريقة أو بأخرى بيث الحياة فى الحاسب الآلى نفسه . ومن ناحية أخرى ، فإن البرامج التطبيقية Programmes D'application للحاسب الآلى المعدة لأداء وظيفة ما ... ، مثل القيام بوظيفة ادارة الحصص أو الأسهم لشركة ما ، أو لادارة وحصر المخزون لدى التاجر ، أو لكيفية دفع قيمة المقاولات والعمليات التي تتولاها احدى الشركات ، تكون مهمة لحسن أداء مثل هذه الوظائف .

بيد أن الطبيعة القانونية للعقود التى ترد على برامج « المعلوماتية » تشكل صعوبة كبيرة . وتأتى هذه الصعوبة ، فى معظم الأحيان ، من الرغبة فى مزج العقود المتنوعة فى قالب وحيد ، وهو مالم يلاحظه الفقه بدقة(٢) .

ثانياً : اعداد الخطوات الحسابية المنطقية الخاصة بحل المشكلة المعروضة ، وهذه الخطوات تعرف باسم « الخوارزميات » نسبة الى عالم الرياضيات العربي الأصل « الخوارزمى » . (انظر محمد حسام ، المرجع السابق ص ٨) .

ثالثاً : اعداد خطوات التسلسل المنطقى للحل في صورة أشكال رمزية متعارف عليها دولياً . وتكمن فائدة هذه المرحلة بالنسبة لعملية وضع البرنامج في عرضها لكافة الخطوات المنطقية للحل « الخوارزميات » وتحديد الارتباط بينها على نحو يسهل مهمة صياغة البرنامج ليفي بتحقيق الغرض المطلوب (وهو ما يسمى بخرائط التدفق) .

رابعاً : كتابة البرامج بناء على هذه الخريطة في صورة برنامج المصدر Programme Sources .

(٢) V. Philippe le Tourneau, Três Breves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, semaine juidique, 1982, L, 3078. et V. aussi, en drnier lieu, pour les principales, La note de Goutal, J.C.P. 1982, 11, 19734.

إن التساؤل حول طبيعة هذه العقود لا يكون مرده إلحاحاً فكرياً خالصاً ، بل مرده إلى النتائج العملية المترتبة على تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود ، وما يترتب على هذا التحديد من فوائد محصورة ومعروفة .

حقيقة أن مستخدمى الحاسبات الآلية لا يطرحون كثيراً من المسائل التى تتعلق بالطبيعة القانونية لعقود وضع البرامج تحت التصرف Contrat de mise à disposition de logiciels التي ارتضوها ، ويفضلون شراء إما برنامجاً واحداً ، وإما البرامج جميعها الخاصة بالحاسب الآلي .

وحقيقة أن الموردين للحسابات الآلية والبرامج لا يطرحون من جانبهم ، وفى معظم الأحيان ، أى من هذه المشاكل ، ويتكلمون فقط عن بيع البرامج .

وحقيقة أن المحاكم مستعدة ، فى كثير من الأحيان ، للقيام بواجبها إزاء تحديد طبيعة العقود إذا ما طلب منها ذلك[٣].

---

(٣) Par exemple: Paris, 25e ch. B, 11 Juillet 1986, Société A.A.R.C. société Kienzle informatique et Société Kienzle bail, Juris-Data No. 24307; Bourges, 1e ch. 15 Mars 1988, Société Coficentre C. Société GIMP, Juris-DaTA No. 41091; Grenoble, Ch. des urg, 7 Mars 1989, Société Bifor C. Société Valor Automobiles, Juris-Data No. 41285; Paris, 5e ch. B, 17 Nov. 1989, Dr. Perioù C. Société Groupe Français d'informatique, Juris-Data No. 26338; Paris, 25e ch. A, 12 déc. 1989, Société Continental Building C.M.Van de Put, Juris-Data, No. 2602g et même la Haute Juridiction; Cass. Com. 18 Avril 1989, No. 87-16, 984, inédit.

٢٣ - ومع كل ذلك ، فإن الموردين ، رغبة منهم فى محاولة الانتقاص من امتيازات العملاء ، يكتفون بإعلان صيغة عامة وحرفيتها « منح حق الاستعمال » Concession de droit d'usage ، ولا يخفى على أحد ما تثيره هذه الصيغة من لبس لعدم وضوحها .

فالبيع لا يوجد إلا حيث يكون المبيع محلا لحق استئثارى[٤]، ولذا

---

(٤) يقول دابان أن الحق هو استئثار وتسلط ، ويقصد بالاستئثار أن يختص شخص دون غيره من الأشخاص بمال أو بقيمة معينة . يترتب على ذلك أن الحق ليس مجرد استفادة أو تمتع بمنفعة بل هو تملك بالمعنى الواسع ، كما أن الاستئثار لا يعنى بالضرورة أن يكون للشخص الانتفاع بالشيء أو بالقيمة ، فقد يكون الحق لشخص ويخول الانتفاع به لشخص آخر ، فتكون المصلحة أو المنفعة المقصودة من الحق لغير صاحبه .

وجدير بالذكر أن الاستئثار يرد على الأشياء المادية كالمنقولات والعقارات ، كما يرد على الأشياء المعنوية كنتاج الفكر والذهن والمعلومات المدرجة بالبرامج . وأخيراً يرد الاستئثار على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم شخص القيام به لصاحب الحق ، وهذا ما يسمى بالاستئثار غير المباشر ، لأن اقتضاء الحق لا يتسنى إلا عن طريق تدخل شخص آخر .

ويقصد بالتسلط التصرف بحرية في الشيء محل الحق ،ويعتبر التسلط نتيجة ملازمة للاستئثار فهو المظهر العملي له ، يترتب على ذلك أن القدرة على التسلط تخول صاحب الحق التصرف فيه مادياً باستعماله أو بعدم استعماله واجراء كافة التصرفات القانونية عليه . بيد أنه ينبغي أن نفرق بالنسبة للشيء محل الاستئثار بين فرضين : اذا كان الشيء محل الاستئثار من الأشياء المادية ، فإن التسلط يكون كاملاً . أما اذا كان محل الاستئثار قيمة متصلة بشخص صاحب الحق ، فإن التسلط يكون محدوداً ، كما هو الحال في الحقوق اللصيقة بالشخصية ، حيث يقتصر فيها التسلط على التمتع بها وصيانتها من الاعتداء . أما اذا كان محل الاستئثار أداءاً معيناً يقدمه شخص آخر ، مثل حق الدائنية ، فإن القدرة على التسلط تكون في مركز وسط بين الوضعين السابقين ، فالتسلط لا يقع على شخص المدين بالأداء ، وإنما على الأداء ذاته باعتباره قيمة مالية ، وبالتالى يخول التسلط لصاحب الحق في أن يطالب به ، أو يؤجل هذه المطالبة ، أو ينزل عن الحق بابراء المدين .

فإن الاكتفاء باعلان الموردين مثل هذه الصيغة يستحق البحث ، لاسيما وأن عبارة « منح حق الاستعمال » إذا كانت تصلح أن تكون وصفاً ، فإنها لا تكون ابداً فى ذاتها تكييفاً قانونياً . مجمل القول ، أن مسألة التكييف غالبا ما يكتنفها الغموض لعدم وجود التطبيقات العملية الصادرة عن القضاء ، اللهم الا بعض الأحكام المتفرقة ، فضلا عن وجود إجماع فقهى بشأنها(٥). أضف إلى ذلك أن بعض القوانين ، ومنها القانون المدنى المصرى ، قد جاءت خلواً من نصوص تنظم هذه المسألة ، ولم يسارع مشرعوها بوضع ما ينظمها من قواعد قانونية .

ومع كل الصعوبات العملية والفقهية التى تواجه البحث فى هذه المسألة ، فاننا نعتقد أن تكييف العقود التى ترد على البرامج تقتضى ، من ناحية ، التمييز بين البرامج نفسها ، وما إذا كانت موجودة سلفاً أم واجبة الاعداد ، وتقتضى ثانياً ، معرفة ما إذا كانت البرامج تمثل محلا لحق استئثارى أم لا . وبالتالى ، لابد أن تمر مسألة التكييف بأحد فرضين : الفرض الأول ، وهو وجود حق استئثارى ، أى حق عينى من الممكن أن يكون محله شيئاً معنوياً . وفى هذا الفرض ، فإن العقود التى ترد على مال

---

(٥) V.P.Le Tourneau, art. Cit. J.C.P. 1982-1-3078; M. Grether- Remondon, Le Contract de progiciel, aspects juridiques et pratiques, C.X.P. 1980; H. Groze et Y. Bismuth, Le contrat dit de licence de logiciel, J.C.P. 1986. II. 14659; Ph. Gaudrat, Les contrats de fourniture de logiciel, Droit de l'informatique 1986, 2, p.55; L.Costes, Cession, concession de licence, sous licence de progiciels, Lamy droit de l'informatique 1986, mise à jour E, p.9; A. Lucas, Droit de l'informatique, Paris, PUF, Thémis, 1987, No. 337; des éléments également in Droit de l'informatique (éléments de droit à l'usage des informaticiens), H. Croze et Y. Bismuth, Economica 1986, p. 173 ets.

من هذا القبيل ستجد تكييفاتها ، بطبيعة الحال ، فى البيع ، الاجارة ، العارية ، وحتى فى المقاولة إذا تعلقت بتنفيذ عمل يتصل بنفس المحل .
الفرض الثانى ، وهو فرض عدم وجود حق استئثارى ، وهنا نجد أن مسألة تكييف العقود الواردة على حق من هذا القبيل تصبح مختلفة عن تلك التى تتعلق بالأموال المملوكة ، ومن ثم يتعين استبعاد القوالب المعروفة كالبيع والاجارة والعارية والمقايضة ... الخ . والالتجاء إلى المقاولة وإجارة الأعمال[٦]. وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : البرنامج المعـــد ســـلفا .

المطلب الثانى : البرنامج تحت الاعداد (واجب الاعداد) .

المطلب الأول
البرنامج المعد سلفا

٢٤ – سبق أن نوهنا أن البرامج المعدة سلفاً قد تكون محلا لحق استئثارى ، وقد لا تكون كذلك . لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : البرامج المعدة سلفاً تمثل محلا لحق استئثارى .

الفرع الثانى : البرامج المعدة سلفاً لا تمثل محلا لحق استئثارى .

---

(٦) يلاحظ أن المشرع الفرنسى يستخدم اصطلاح اجارة الأعمال بدلاً من اصطلاح المقاولة ، وانظر : Lamy droit de l'informitique No. 291, et No. 536 ets.

الفـرع الأول
البرامج المعد سلفا تمثل محلا لحق استئثارى

٢٥ – لما كانت البرامج متعددة ومتنوعة ، فهناك ما يسمى بالبرامج المنتجة (ويقصد بها البرامج التطبيقية الموحدة Standard أو البرمجة) ، وهناك ما يسمى بالبرامج التطبيقية النوعية وبرامج الاستغلال (ويقصد بها البرامج الأساسية أو الأنظمة أو البرامج الاستغلالية) ، لذا نتساءل ، هل طبيعة هذه الأنواع كلها واحدة أم مختلفة ؟ وإذا كانت من طبيعة واحدة فما هو تكييف العقود التى ترد عليها هل يتعلق الأمر ببراءات اختراع أم بحقوق مؤلف ؟ أم هى عقود بيع ، أم اجارة ، أم ترخيص ، أم اعارة ؟ هذه النقاط هى ما نعرض لها على التوالى :

أولا – وحدة الطبيعة بين البرامج الأساسية والبرامج التطبيقية :

«Unite de Nature Entre Les Logiciels de Base et Les Logiciels D'application»

٢٦ – قد يبدو ، للوهلة الأولى ، أنه من غير المتصور اعتبار البرامج محلا لحق استئثارى ، نتيجة غياب النصوص التشريعية التى تجعل من هذه الأموال (البرامج) محلا لحق ملكية[٧]. وقد يقال أن الدعامة **Support** المدرج عليها البرنامج إنما تمثل شيئاً مادياً ، وبالتالى يكون قابلا للتمليك والتداول ، بيد أن هذا القول مردود ، لأن العبرة فى ذلك بالعنصر

---

(٧) الحارن فليب لوتورنو ، المقال السابق الاشارة اليه .

المعنوى للمعلومات (أى المعرفة) التى تحملها الدعامة ، لذا يتعين الفصل بين المعرفة كحق معنوى ، وبين الشريط أو الاسطوانة كشىء مادى ، حيث يكون الأول دون الثانى محل الاعتبار ، لكون العنصر المعنوى هو الذى يمثل الجوهر أو الاساس للبرنامج .

بل أكثر من ذلك ، فقد يقال أن البرنامج الأساس Logiciel de Base أو البرمجة Progiciel عبارة عن شىء مادى ، بل وقد يقال ذلك أيضا بالنسبة للبرنامج الاستغلالى ، رغم أن هذا الأخير يمثل ضرورة لاغنى عنها لوظيفة الحاسب الآلى(٨).

بيد أننا لا نعتبر هذا التحليل ، ونؤكد على وجوب التفرقة بين الحامل Support كشىء مادى ، وبين ما يحمله من معلومات ومعرفة كشىء معنوى ويكون بمثابة القلب من البرنامج . يؤيد ذلك ما ذهبت إليه محكمة باريس الابتدائية ، فى حكمها الصادر فى ٢١ سبتمبر ١٩٨٣ ، بشأن دعوى تعرف بدعوى Apple حيث أوضحت وبدقة العلاقة بين برامج الحاسب الآلى والدعامة Support المدون عليها البرامج ، من أنه لا فرق فى الطبيعة بين برامج الانتاج Programmes - Produits ، أى البرامج التطبيقية الموحدة Logiciels D'application Standard أو البرمجة

---

(٨) يلاحظ أن القول بذلك معناه أن البرنامج يأخذ حكم الجهاز ، وبالتالى يكون العقد الذي يرد عليه بمثابة بيع وفقاً لمفهوم هذا الأخير في القانون المدنى . وانظر : P.Le Toureau, art. Cit.; Pour des décisions consacrant implicitement cette thèse: Paris, 5e ch. A, 3 Oct. 1989, Société S.N.D.A. C. Société 1. C.L. France, Cahiers Lamy, fiv 1990 (K), p.11; Paris 5e ch. B, 8 Fèv. 1990, Société 1.C.L. Feance C. Société Lanvaux Rousard, Juris - Data No. 20232.

Progiciel ، وبين البرامج التطبيقية النوعية وبرامج الاستغلال Logiciels D'application Spécifique et Les Programmes D'exploitation ، أى البرامج الأساسية أو الأنظمة ، أو البرامج الاستغلالية .

ويظهر ذلك جلياً مما جاء بحكمها : « إذا كانت الحقيقة أن التقدم التكنولوجى قد قاد ، أكثر فأكثر ، إلى دمج الاستغلال فى الذاكرة ، إلا أن هذا الفعل لم يغير من طبيعة هذه البرامج . حقيقة أن الطريقة التى تصنع بها البرامج ومكوناتها المادية عبارة عن منتجات صناعية بالفعل ، ومع ذلك فإن محتواها ، الذى يمثل جوهرها ، ويميز بعض هذه المنتجات عن البعض الآخر ، هو تعبير ، من خلال تكنولوجيا متقدمة ، للابداع الذهنى لمؤلف البرامج (...) وعلى ذلك لا يوجد ، أصلا ، اختلافاً فى الطبيعة بين برامج الانتاج وبرامج الاستغلال[٩] بل ويؤكد هذه الوجهة من النظر ، كذلك ، ما ذهب إليه البعض من أن الرابطة بين نظام الاستغلال وبين

---

(٩) V.T.G.I. Paris, 21 Sept. 1983, D. 1984-77, note C. Le Stanc: «S'il est vrai que la technologic conduit de plus en plus à integrer les programmes d'exploitation aux mémories, Caux-ci n'ont pas, de ce seul fait, changé de nature; qu' à considérer les circuits integrés, on s'apercoit que la manière dont ils sont fabriqués et leurs composants matériels sont effectivement des produits industriels, mais qu'en revanche leur «Contenu», qui fait leur originalité les uns par rapport aux autres, n'est que l'expression dans une technologie avancée de la création originale de l'auteur du programme, (...)
Qu 'ainsi, substantiellement, il n'ya pas de différence de nature entre les programmes- produits et les programmes d'exploitation».

انظر كذلك Lamy قانون المعلوماتية ، رقم ٢٩٢ .

الوحدة المركزية (أى الحاسب الآلى Ordinateur) باتت أقل مما كانت عليه فى السابق ، فلم يعد شىء يفرض ، وينتهى هذا الاتجاه إلى وجوب التفرقة بين العمليات القانونية المتعلقة بالحاسب الآلى ، وتلك المتعلقة بالبرامج(١٠).

٢٧ – نخلص من ذلك ، أن القول بوحدة الطبيعة بين البرامج الأساسية والبرامج التطبيقية ، بحكم وجودها من قبل وصلاحيتها للإجابة على حاجة العملاء الموحدة Aux Besoins Standard يوجب علينا تحديد الطبيعة القانونية للعقود التى تضع هذه البرامج تحت تصرف العملاء من قبل الموردين.

بيد أننا نلفت النظر إلى أننا نقدم هنا تحليلا للفرض الذى تكون فيه هذه البرامج محلا لحق استئثارى وفق منطق القانون الوضعى ، أى من منظور تنظيمه للملكيات المعنوية . لذا تثور مسألة ما إذا كانت هذه العقود تتعلق ببراءات الاختراع ، أم بحقوق المؤلف ، كما تثور أخيراً ، مشكلة تكييف الحالة التى يضع فيها المورد البرنامج تحت تصرف المستخدم.

ثانيا – العقود المتعلقة ببراءات الاختراع(١١)

٢٨ – الابتكار أو الاختراع الذى يتوصل إليه المبتكر أو المخترع قد يحصل على براءة اختراع ، وقد لا يحصل عليها ، وحتى يحصل

(١٠) en ce sens, A. Lucas, Intervention au colloque, L'entreprise et l'informatique, U.J.A. - ESCAL, Montpellier, Mai 1984.

(١١) تنص المادة ٨٦ من التقنين المدنى المصرى على أن الحقوق التى ترد على شىء غير مادى

المخترع على تلك البراءة يتعين أن يتوفر فى ابتكاره أو اختراعه الشروط التى أوجبها القانون ، من حيث صلاحيته لأن يكون موضوعاً لبراءة اختراع (أى يجب أن ينطوى على ابتكار ، وأن يتصف بالجدة ، والقابلية للاستغلال الصناعى) ، وأن لا يكون القانون قد حظر منح براءة اختراع بشأن الابتكار موضوع البراءة .

لذا يقصد ببراءة الاختراع الشهادة التى تمنحها الدولة للمخترع ويكون له بمقتضاها حق احتكار استغلال اختراعه ماليا لمدة معينة وبأوضاع معينة[١٢].. ويبين من هذا التعريف أن براءة الاختراع هى المقابل الذى يقدم للمخترع نتيجة جهوده ، فيعترف له القانون بحق خاص على الابتكار يمكنه من استغلاله مالياً سواء بنفسه أو بطريق التنازل عنه للغير أو بالترخيص فيه .

وعلى ذلك ، قد يكون الاختراع الذى تمت حمايته عن طريق براءة

تنظمه قوانين خاصة . ولما كانت حقوق براءات الاختراع من حقوق الملكية الصناعية ، ولما كانت الأخيرة من الحقوق المعنوية droit incorporels التي ترد على أشياء غير مادية ، لذا لابد فيها من تشريع خاص ، وهو ما فعله المشرع المصرى ، حيث أصدر القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . (انظر الوقائع المصرية فى ٢٥ أغسطس ١٩٤٩ العدد ١١٣) . - وانظر طبيعة الملكية الصناعية وعدم اختلاطها بالحقوق العينية والشخصية ، سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، ص ٣ ومابعدها . محمد حسنى عباس ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، الجزء الأول ١٩٦٩ ص ٢٥ وما بعدها) .

(١٢) سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ؛ محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

الاختراع محلا لعمليات قانونية . إذن براءة الاختراع يمكن التنازل عنها بوصفها محلا لحق استئثارى ، سواء بصفة كلية ، أو بصفة جزئية ، وفقاً لمصالح المتنازل والمتنازل له Le Cessionaire ، أو لإمكانيات استغلال هذا الأخير ، وسواء تم ذلك بعوض ، أو بغير عوض[١٣].

٢٩ – فالأمر لا يخرج عن أحد فرضين : **الفرض الأول** : أن يتم التنازل Cession عن براءة اختراع البرنامج ، وفى هذا الفرض لا تثير مسألة تحديد الطبيعة القانونية أية صعوبة : ففى مصر كما فى فرنسا ، إذا كان التنازل بغير عوض كان التصرف القانونى عقد هبة يخضع فى اجراءاته وشروط انعقاده إلى نصوص القانون المدنى الخاص بعقد الهبة . أما إذا كان التنازل عن البراءة بعوض ، وهو الوضع الغالب ، كان التصرف عقد بيع ، وفى هذه الحالة تنتقل إلى المتنازل إليه جميع الحقوق المترتبة على ملكية البراءة .

وإن كان ذلك هو الوضع فى مصر من حيث تكييف العقد ، فإنه كذلك فى فرنسا ، فلا يثير أى مشكلة ، غاية الأمر أن العقد يأخذ صورة الحوالة ، وبالتالى ينطبق عليه ، بالاضافة إلى النصوص الخاصة باجراءات

---

(١٣) تنص المادة ٢٨ من قانون براءات الاختراع : « ينتقل بالميراث الحق في البراءة ، وجميع الحقوق المترتبة عليها ، وكذلك تنتقل ملكية البراءة كلها أو بعضها ، بعوض أو بغير عوض ، كما يجوز رهنها .

ومع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، لا تنتقل ملكية البراءة ، ولا يكون رهنها حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير بذلك في سجل البراءات .

ويكون النشر عن انتقال ملكية البراءة ورهنها بالأوضاع التي تقررها اللائحة التنفيذية » .

الحوالة ، والتى نص عليها تشريع ، يناير ١٩٦٨ المعدل فى ١٣ يوليه ١٩٧٨ المنظم لبراءات الاختراع ، القواعد العامة المتعلقة بالبيع والمنصوص عليها فى المواد ١٥٨٢ ومابعدها من التقنين المدنى الفرنسى ، فى الحدود التى يلتقى فيها الفقه والقضاء على اعتبار حوالة براءة الاختراع بمثابة بيع(١٤) .

الفرض الثانى : قد يلجأ صاحب البراءة إلى استغلالها عن طريق منح الغير ترخيصاً باستغلال البرنامج الذى حصل بشأنه على براءة اختراع ، مع احتفاظ صاحب البراءة ، أو المورد بحق الملكية . هنا نجد أن الاتفاق لن يخرج عن كونه عقد ترخيص Licence .

إذن الترخيص باستغلال براءة اختراع لبرنامج ، هو عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة باعطاء حق استغلال براءة البرنامج ، أو بعض عناصره ، إلى المرخص له ، مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ من المال دفعة واحدة ، أو بصفة دورية ، أو بطريقة أخرى حسب الاتفاق(١٥) .

وجدير بالذكر أن عقد الترخيص هذا ، قد انتشر فى الوقت الحاضر ، وازدادت أهميته مع ازدياد الاختراعات وبراءات الاختراع فى مجال « المعلوماتية » ونقل التكنولوجيا وقيام الحاسبات الآلية والمصانع

---

(١٤) J.-M. Mousseron et A. Sonnier, Le droit français nouveau des brevets d'inventions, Paris, Litec, Coll. CEIPI 1978, No. 213, p. 197; Cass. req. 25 Mai 1869, D.P. 1869-1-367; adde, A. Chavanne et J.-J. Burst, Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz., 1990, No. 257, p. 189.

(١٥) فى هذا المعنى محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ .

التى تعتمد على استغلال براءات الاختراع عن طريق الحصول على ترخيص Licence مقابل دفع إتاوة Royalty .

ويتميز عقد الترخيص بأنه غير ناقل للملكية ، فتبقى ملكية براءة الاختراع فى ذمة المرخص ، ويقتصر أثر العقد على أن المرخص يمنح المرخص له حقاً شخصياً باستعمال براءة الاختراع . لذلك جرى الشراح على تشبيه عقد الترخيص بعقد الايجار التقليدى الذى تنظمه نصوص المادة ٥٥٨ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى ، والمادة ١٧٠٨ ومابعدها من التقنين المدنى الفرنسى ، وتشبيه حق المرخص له قبل مالك البراءة بحق المستأجر قبل مالك الشيء المؤجر ، وكلاهما حق شخصى[١٦].

بيد أن الفقه والقضاء فى فرنسا يجمع على تحليل الترخيص باستخدام براءة البرنامج، فى هذه الحالة ، باعتباره إجارة أشياء Le Louage des Choses[١٧].

(١٦) انظر ، روبيه ، الملكية الصناعية ، جـ ٢ ، ص ٢٦٤ ؛ مورو ووايزمان ، براءات الاختراع ، ص ١٤٣و ٢٠٠ ، وانظر : J.J. Burst, Breveté et licencie, leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, éd. Litec Paris 1970 No. 486.

(١٧) تحت عنوان عقد الايجار du contract de louage نص التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٧٠٨ على أنه يوجد نوعان من عقود الايجار ، ايجار الأشياء le louage des choses وايجار الأعمال le louage des ouvrages ، حيث تعرف المادة ١٧٠٩ ايجار الأشياء بأنه :

«Le louage dés choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige du lui payer»

ثالثا – العقود المتعلقة بحقوق المؤلف

٣٠ – قد لا يتوفر فى اختراع برنامج الحاسب الآلى الشروط التى أوجبها القانون لمنح البراءة ، أو قد لا يرغب صاحب الاختراع فى طلب البراءة له رغم توفره على الشروط ، أو قد يتنازل عن اختراعه للغير قبل الحصول على البراءة ، وفى هذه الحالة الأخيرة ، لا يعتبر أنه قد تنازل عن حق ملكية صناعية كامل ، بل عن مجرد الحق فى طلب البراءة فقط . وأخيراً قد لا يتم الحصول على براءة الاختراع لأن المخترع أو المورد لم يباشر اجراءات الايداع .

فإذا كان الأمر كذلك ، ولم يكن الاختراع من الاختراعات التى تمنح عنه براءة ، بالتطبيق لنص المادة الثانية من قانون ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ المتعلق ببراءات الاختراع المصرى ، أو المادة السادسة من تشريع ٢ يناير ١٩٦٨ المعدل فى ١٣ يوليه ١٩٧٨ المتعلق ببراءات الاختراع الفرنسى ، إذا كان الأمر كذلك ، **فإنه يظل هناك إمكانية أخرى للتملك الاستئثارى للبرنامج الذى لم يحصل صاحبه على براءة اختراع**

فإذا حدث وقام المخترع أو المورد باستغلال البرنامج قبل أن يقدم طلباً للحصول على البراءة ، واستفاد من وراء ذلك مالياً ، دون الاباحة بسر اختراعه للغير ، فإنه يكون مستغلا لسر الاختراع ، وليس مستغلا لحق

= أما المادة ١٧١٠ فتعرف ايجار الأعمال :

«Le louate d'ouvragte est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre mayennant un prix convenu eutre elles».

وانظر لامى ، قانون المعلوماتية ، رقم ٢٩٣ .

ملكية صناعية كاملا ، وبالتالى ، لا يمكنه الاستئثار باستغلال اختراعه قبل الكافة ، كما لا يتمتع بالحماية القانونية التى تترتب على حق الملكية الصناعية ؛ طالما أنه لم يحصل على الصك الذى ينشىء له هذه الآثار القانونية[18].

وإذا تقدم أحد غير المخترع الذى يحتفظ بسر اختراعه بطلب الحصول على براءة اختراع عن نفس الاختراع ، دون أن يكون قد توصل لسره عن طريق المخترع الأول ، فإن الأولوية فى الحصول على البراءة تكون لمقدم الطلب ، ولو كان لاحقاً فى اكتشاف الاختراع .

بيد أن التشريعات الخاصة ببراءة الاختراع تبيح للمخترع الأول الاستمرار فى استغلال اختراعه ، حتى بعد حصول الآخر على براءة اختراع عن نفس الابتكار . وحكمة ذلك ، على حد قول البعض[19]، ترجع إلى الرغبة فى عدم الإضرار بمن سبق له أن استغل اختراعاً وأقام على أساسه مشروعات أو منشآت . إلا أن ذلك لا يدل على أنه يتمتع بحق ملكية على اختراعه كما أنه لا يتمتع بالآثار القانونية التى يتمتع بها صاحب البراءة[20].

---

(18) سميحة القليوبى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ ومابعدها ؛ أكثم الخولى ، الأموال التجارية ، ص ١٧٤ فقرة ١٠٨ ؛ الملكية الصناعية ، جـ ٢ ص ٢٥٠ .

(19) مرجعها المشار اليه ، ص ٣٧ .

(20) محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

٣١ - وهنا نطرح السؤال التالى : ألا يمكن اعتبار البرنامج ، الذى لم يتم بشأنه الحصول على براءة اختراع ، من الأعمال الذهنية ، ومن هذا المنطلق يمكن حماية خلق هذا البرنامج بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف (تشريع ١١ مارس ١٩٥٧ الفرنسى الذى تم تجديده فى ٣ يوليه ١٩٨٥ والمنظم للملكية الفنية والأدبية) ؟.

إن القول بذلك لايبدو غريباً ، خاصة ، أنه يوجد اتجاه قضائى قد ذهب منذ زمن إلى حماية البرامج دون سواها ، عن طريق استخدام حق المؤلف ، وهو اتجاه قد تأكد بمقتضى نص جديد من خلال اقتراح سياسة أوربية ، متعلقة ببرامج الحاسبات الآلية ، قدمت من المجلس الأوربى C.E.E فى ٥ يناير ١٩٨٩ والمعدل فى ١٨ اكتوبر ١٩٩٠[٢١].

ومقتضى الرأى الأخير هو اعتبار التعاقد الذى يتم بشأن برنامج لم يحصل صاحبه على براءة اختراع بمثابة ملكية أدبية تنظم من قبل

(٢١) V.L. Costes, La difficile harmonisation européenne de la protection juridique des programmes d'ordinateur, Cahiers Lamy, août 1989 (E), p.12; C. Le Stanc, Observations sur la proposition de directive du conseil C.E.E. Concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Cahiers lamy, déc. 1989 (1), p.3; et en dernier lieu, le commentaire de Brigitte Vandorsselaere de la proposition de directive modifiée, in Cahiers Lamy, dec. 1990 (J), p.3. et de meilleure eau daus sa version terminale: directive du 14 Mai 1991, J.O.C.E, 17 Mai 1991, No. L122-42 (Voir ch. Le stance, Analyse de la directive du 14 Mai 1991 concernant la partection juidique des programmes d'ordinateur in cahier Lamy. Nov. 1991 (H), p.3.

التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى والفرنسى فى هذا الخصوص .

ولكن يلاحظ أن تشبيه، برامج الحاسب الآلى الذى لم يحصل صاحبه على براءة اختراع بالأعمال الذهنية ، التى يمكن الالتجاء إليها والاحتجاج بها فى تحديد طبيعة العقود التى ترد على مثل هذه البرامج ، لا يخلو من منطق . بيد أن هذا الاتجاه لن يكتب له النجاح الا من خلال توافر شروط العمل القابل للحماية . وتتمثل هذه الشروط فى خلق البرامج ، أى فى ضرورة أن تكون مبتكرة ، وفى الجدة ، وعدم استبعادها بمقتضى نص تشريعى .

وعلى أساس هذه التحفظات يمكننا القول بأن بعض البرامج ، كالبرامج الأساسية والتطبيقية يمكن أن تكون محلا لحق استئثارى للمؤلف وتخوله احتكاراً استغلالياً ، يتألف أساساً من امتيازات مطلقة على تلك البرامج من حيث الانتاج والتصدير .

رابعا : وضع البرامج من قبل المورد تحت تصرف المستخدم :

٣٢ - هذه الحالة لا تختلف كثيراً عما سبق عرضه ، فعندما يضع المورد تحت تصرف العميل البرنامج ، فإن تكييف هذا التصرف لا يخرج عن التكييفات القانونية المعروفة طبقاً للحقوق الممنوحة ، فقد يكون بمثابة حوالة Cession وقد يكون بمثابة ترخيص Licence .

إن الهدف من اضفاء مثل هذه الصفات على التصرف إنما يكون بغرض الوصول إلى نصوص قانونية تنظم المسألة محل البحث ، ولإمكان

تغطية الممارسة العملية لبعض الموردين . فكما أوضحنا سابقاً[٢٢] من إمكان تطبيق نصوص حق المؤلف على بعض جوانب هذه الممارسة ، فإنه يمكن وصف الوضع تحت التصرف من قبل المورد Mise à Disposition par La Fournisseur بمثابة حوالة أو ترخيص . فهما بمثابة بيع أو إيجار ، غاية الأمر أن محليهما يرد على أموال معنوية[٢٣].

بل أكثر من ذلك ، فإن البرنامج الذى وضعه المورد تحت تصرف العميل ، وبوصفه محلا لحق استشارى ، أو لبراءة اختراع ، أو لحق مؤلف ، لا يمنع من تكييفه بمثابة عارية[٢٤].

أما بالنسبة للدعامة Support فلا أهمية لها ، خاصة إذا ما تم التمييز بين النظام القانونى لهذه الدعامة والنظام القانونى للمعلومات التى تحملها .

---

(٢٢) انظر ثالثاً من هذا المطلب قيد البحث « تكييف العقود في العمليات المتعلقة بحقوق المؤلف » .

(٢٣) أكد ذلك الأستاذ H.Desbois في مقالة الملكية الأدبية والفنية ، موسوعة القانون المدنى ، داللوز ، رقم ٤٢٦ حيث قال : «A considére le logiciel comme pouvant faire l'objet d'un droit privatif, de brevet, rarement, ou d'auteur, plus placsiblement, les conventions qui en assurent la mise à disposition peuvent alors retrouver aisément les qualifications déja rencontrées pour les matériels, à la difference cependant que l'objet est ici purement incorporel».

(٢٤) وهذا ما أكده كذلك الأستاذ H.Desbois في مقاله السابق :
«Mais, cette consideration n'ecarte pas a priori l'application du regime de la vente ou du louage, voire de contrats autres, comme le prêt, nous semble-t-il».

وليس أدل على ذلك أكثر مما يتم يومياً من تجارة الاسطوانات البكر[٢٥].

خلاصة القول أن الحوالة أو الترخيص تصلح وصفاً لعلاقة قانونية محلها برنامج معد سلفا ويمثل محلا لحق استئثارى . بيد أننا أثناء دراستنا لهذا الفرع كنا ندور فى داخل اطار احتمالات النصوص المتعلقة ببعض الأموال غير المادية ، مع اعتبار هذه الأموال ، تبعا لذلك ، محلا لحقوق استئثارية . لذا يصعب خارج هذه الاحتمالات ، اعتبار « المعلوماتية » محلا لحقوق عينية[٢٦]، وهذا ما نستوضحه فى الفرع التالى .

---

(٢٥) وهذا ما ذهب اليه الأستاذ H;Desbois في مقاله المشار اليه :

«Ajoutons, une fois encore, que le support coucret des logiciels en cause n'a guère d'importance et que le régime juridique de la circulation de ces objets doit être soigneusement distingué de celui des informations qu'ils sont susceptibles de véhiculer, à telle enseigne que s'effectue chaque jour le commerce de disquettes vierges». Montpellier, 2 ch. A, 2 juil. 1991, Lamy informatique, No. 295.

(٢٦) انظر M. Vivant, A propos des biens informationnels, J.C.P. (E) 1984, I, 14200; C.Le Stanc et A. Prüm, Les droits en France des créateurs d'informations, Rev. int dr. economique, 1989-2, p. 211.

الفــرع الثــاني
البرامج المعدة سلفاً لا تمثل محلاً لحق استئثاري

٣٣ - إذا تم تحقيق البرنامج ، فإن الأمر لا يخرج عن كونه إما برنامجاً أساسيا مدرجا فى الحاسب الآلى ، أو خارجه ، وأما برنامجا استغلاليا أو تطبيقياً عد بمعرفة المورد ليفى باحتياجات بعض العملاء الموحدة Standard .

ولكن قد يكون البرنامج غير تام ، لسبب أو لآخر ، وبالتالى ، فلا يمكن أن يستفيد صاحبه من نظام الملكية الفنية والادبية ، ومن باب أولى ، من نظام براءات الاختراع .

ولئن كان تحقق البرنامج يمكن وصفه بالبيع أو الايجار أو العارية حسب ظروف التعاقد وقصد المتعاقدين ، فإنه فى فرض عدم التحقق لا يمكن وصف العلاقة بأى وصف أيا ما كانت التسمية التى يطلقها الأطراف عليها(٢٧).

ولكن قد يتصادف أن يتم اعداد البرنامج مع وضعه على الدعامة Support وبدلا من أن يقوم المورد بإذاعة مضمونه بوضوح ، يتصرف فيه مع الاحتفاظ بمحتواه وبكيفية استخدامه ، وبالتالى ، يصبح العميل فى

---

(٢٧) قارن فليب لوتورنو ، مقاله السابق الاشارة اليه ، وانظر لامى ، عقود المعلوماتية ، رقم ٢٩٥ وما بعدها .

حاجة إلى المعرفة الفنية Know - How, Savoir Faire[٢٨] وهنا نتساءل ، ألا تصلح المعرفة الفنية لأن تكون محلا لعقد ، وإذا اعتبرت كذلك ، فما هى طبيعة هذا العقد ؟[٢٩].

قد يبدو لأول وهلة أن الأمر سهل ميسور ، ولكن على العكس ، ثم صعوبات كثيرة تعرض فى هذا الشأن الواحدة تلو الأخرى إذا ما تجاوزنا

---

(٢٨) يطلق البعض : « سميحة القليوبى ، تقييم شروط التعاقد من الناحية القانونية ، بحث مقدم الى مؤتمر نقل التكنولوجيا المنعقد بالقاهرة في الفترة من ١٩ الى ٢٥ فبراير ١٩٨٦ تحت اشراف اكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا » ، على اصطلاح المعرفة الفنية savoir-faire ، بينما يفضل البعض الآخر : « يوسف عبد الهادى خليل الإكيابى ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولى الخاص ، ١٩٨٩ ص ١٠٧ » ، اصطلاح حق المعرفة Know-how . انظر في فرنسا الفقيه Azéma الذي يرى أن اصطلاح Savoir-faire لا يعطى دلالة كاملة لفكرة Know-how وأن جريان استخدام هذا الاصطلاح Savoir-faire في فرنسا ليس إلا احتراماً لارادة المشرع الفرنسى الذي استخدم هذا الاصطلاح في المرسوم الصادر في يناير ١٩٧٣ : انظر في ذلك :

J. Azéma, Definition juridique de know-how, colloque de montpellir 1975, 5 eme, Rencontre propriété industrielle, 1975, p. 15.

واصطلاح حق المعرفة know-how أمريكى النشأة ظهر لأول مرة عام ١٩١٦ في مجموعة الاصطلاحات الخاصة بالملكية الصناعية في الولايات المتحدة الأمريكية ، ودرج الكتاب الأمريكيون على استخدامه منذ ذلك التاريخ « Azéma ، ص ١٤ » . في حين يرى البعض أن هذا الاصطلاح ظهر بداءة في اللغة الدارجة ثم اعتمد بصفة رسمية في اللغة الانجليزية سنة ١٩٥٣ وهو اختصار لتعبير الحق في معرفة شيء ما The know how to do il ، « انظر تفصيلاً في ذلك ، عبد الهادى خليل الإكيابى ، الرسالة السابقة ص ١٠٧ – ١٣٤ » .

(٢٩) Le know-how, Actualités de droit de l'entreprise No. 7, Montpellier 1975, 5 eme rencontre de propriété industrielle, Paris, Litec, 1976.

برنامجا إلى آخر. فعلى حد قول البعض(٣٠)، «وإذا كان يمكن تعريف البرمجة بأنها عبارة عن برنامج موجد سبق أن جرب وأصبح غير قابل للتعديل أو التغيير، وإذا كان يمكن القول بوجود اتصال بالمعرفة الفنية عند وجود نقل للبرنامج، فإن ذلك لا يعد صحيحا، لأن المعرفة الفنية لا تنتقل مع البرنامج، بل أن المستفيد من عقد اتصال المعرفة لا يملك الوصول إليها حتى ولو أمكن إستعمال البرمجة ميكانيكيا نتيجة ما تتصف به المعرفة الفنية من سرية، خاصة، وأن المعرفة الفنية، خلافاً للاختراع المبرأ، غير مشمولة بحماية خاصة، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وإذا ما اعتدى عليها فلا حماية لها اللهم الا بمقتضي القواعد العامة في المسئولية عن الأفعال الضارة(٣١)» «ومن ثم كان من الطبيعي أن يحرص حائزوها حرصاً بالغا على الحفاظ على سريتها. والحكمة في ذلك، أن في كشف سريتها (فقدان) لقيمتها الإقتصادية. ومتى فقدت المعرفة الفنية قيمتها الإقتصادية أضحت من الأشياء المباحة لغياب الحماية القانونية الخاصة بها. ولكن يجب التمييز بين المعرفة الفنية العامة، والمعرفة الفنية الخاصة، فالأولى هي بمثابة التكنولوجيا المباحة للكافة، ولا تثريب على إذاعتها من قبل حائزها، ومثالها النشرة الفنية

(٣٠) انظر P. Le Tourneau, Très Breves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, J.C.P. 1982, 1, 3078.

(٣١) P. Demin, Le Contrat de know-how, etude de sa nature juridique et du régime fiscal des redevances dans les Pays du Marché Commun, 1968, p.15, «En echange de la pubbicité qu'elle lui impose la loi accorde au brevet une protection spéciale. Ce n'est pas le cas pour le know-how, L. industriel qui le possède se gardera bien de la rendre public parce qu'il ne dispose d'aucun moyen extracontractuel efficace pour défendre sa propriété. Le secret dévoilé, son auteur perd un monopole de fait».

التى توضح تركيب وعمل الحاسب الآلى . فالمعرفة الفنية الخاصة فهى التى تتمتع بالسرية ويحتفظ حائزها بسرها ، لكونه (ذو) قيمة إقتصادية ، ويمكن تقويمها بالمال ، ولذلك ، فهى تنقل وفقاً لضوابط وقيود معينة ، وإذا أذاعها من نقلت إليه دون موافقة موردها عد ذلك عملا غير مشروع يرتب مسئوليته العقدية أو التقصيرية ، على حسب الأحوال »[٣٢].

٣٤ – إن اكتساب المعرفة الفنية من جانب المشروعات الحائزة لها يمثل ميزة إقتصادية تسعى هذه المشروعات إلى الهيمنة عليها بطريقة تضمن لها احتكارها . وغنى عن الذكر ، أن هذا الأمر لا يثير أى نوع من الدهشة ، بالنظر إلى الوظيفة الإقتصادية للمعرفة الفنية ، لدرجة أن البعض أعتبرها مالا Un Bien[٣٣]، **وهنا نطرح السؤال الذى سبق لنا عرضه ، وهو ، هل يمكن للمعرفة الفنية أن تكون محلا ترد عليه الملكية الخاصة ؟**

لما كانت حيازة المعرفة الفنية تعطى حائزها الإمكانية المادية فى أن يحتفظ بها سراً ، فإن الاحتفاظ بالمعرفة الفنية فى السر لا يخول حائزها الحق فى أن يمنع الغير من إمكانية استخدامها . لذا يبدو من غير المتصور القبول بأن صاحب المعرفة الفنية يعد مستفيداً بحق خاص عليها حتى يمكن وصفه بأنه مالك لها[٣٤].

---

(٣٢) انظر يوسف عبد الهادى خليل الاكيابى ، الرسالة السابقة ، ١٤٠ و ١٤٠ والمراجع المشار اليها .

(٣٣) نصيرة ، رسالتها السابقة ، ص ٢٣٨ .

(٣٤) فى هذا المعنى ، نصيرة ، رسالتها السابقة ، ص ٢٣٩ .

وعلى ذلك ، فإن المعرفة الفنية لا يمكن أن تكون محلا لاكتساب حق خاص ، ولا يمكن تشبيهها ، على وجه الاطلاق ، بالحق العينى . فالحق العينى لابد فيه من شيء مادى يرد عليه . والأصل أن جميع الأشياء تصلح لأن تكون محلا للملكية . أما بالنسبة للأشياء المعنوية ، فالأصل فيها ألا تكون محلا لحق ملكية إلا ما استثنى بمقتضى تشريع خاص[٣٥]. ولهذا فإن المعرفة الفنية لاتعد محلا للملكية .

وجدير بالذكر ، أن المشرع الفرنسى ، وكذلك المشرع المصرى ، لم ينظم حماية للمعرفة الفنية . فهذه الأخيرة ، رغم ما تمثله من أهمية إقتصادية ، لا تعد محلا لحق ملكية ، كما تقدم ، لأنها لا تمثل حقاً عينياً ، مالم يتم اللجوء إلى براءة الاختراع ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية[٣٦].

٣٥ – وهنا تتساءل ، إذا لم يكن عقد المعرفة الفنية وارداً على محل استئثارى ، وبالتالى ، لا يمكن تكييفه على أنه بيع أو ايجار ، فماذا يكون إذن ؟ إذا تفحصنا محل عقد المعرفة الفنية فاننا نلاحظ أنه يتمثل بصفة أساسية فيما يولده من التزام بنقل المعرفة الفنية ، وهو التزام بعمل ، عبارة عن قيام صاحب المعرفة الفنية نتيجة تعهده فى مواجهة

---

(٣٥) انظر نص المادة ٨٦ من التقنين المدنى المصرى ، ونص المادة ٢٢٧٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، حيث يعبران بوضوح عن هذه الفكرة ، وانظر كذلك :

P.Roubier, Le droit de la propriété industrielle, éd., siery, Paris 1952-1954, tome 11, p. 372.

(٣٦) Cass. Com. 19 Nov. 1964, annales de la propriété industrielle 1965, No. 51 note R.Blaustein.

المستخدم للبرنامج بنقل المعلومات الضرورية لاستغلال هذا الأخير ، على أن يتم ذلك بمقابل يلتزم به المستعمل .

لذا فنحن نميل مع الفقه السائد فى فرنسا إلى إدخال عقد المعرفة الفنية فى إطار عقد المقاولة(٣٧).

ولنا فى التعريفات التقليدية لعقد المقاولة واجارة الأعمال وفق ما نصت عليه المادة ٦٤٦ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٧٨٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، ما يدلل على صحة ما نميل إليه ، إذ هى من السعة بحيث تكفى لتغطية الوضع محل الدراسة .

المطلب الثانى
البرنامج تحت الاعداد

٣٦ - قد يأخذ البرنامج تحت الاعداد شكل البرنامج النوعى Logiciel Spécifique ، وقد يكون هذا البرنامج فى شكل بسيط لا يرقى إلى مرتبة الاختراع الذى يمكن لصاحبه الحصول على براءة له ويقتصر على قيام المتعهد ببعض الأعمال Certaine Tâche ، بحالا يسمح ، فى مثل هذه

(٣٧) انظر فى ذلك A. Chavanne et J.J. Brust, Droit de la propriété industrielle éd., D. Paris 1976, Précité No. 436.

وانظر نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٤١ ، بل أن البعض يشبه عقد نقل المعرفة بعقد التعليم لأن كل منهما يرد على عناصر ذهنية ، هامش ٢ ص ٢٤١ عند نصيرة .

الحالة ، بالقول أن هناك برنامجاً متكاملا ، ولا يعدو الأمر أن يكون مجرد دراسات إن استقام التعبير أو جاز . وقد يأخذ البرنامج النوعى الشكل المركب أو المعقد مما قد . يسمح بحمايته بمقتضى قواعد الملكية المعنوية (قواعد براءات الاختراع ، أو قواعد حق المؤلف) . وهو أمر يثير التساؤل حول طبيعة العقد فى مثل هذه الأحوال ، خاصة أن كثيراً من الأشكال التعاقدية يمكن أن تكون محلا للمناقشة ، فضلا عن ذلك ، فإن النتائج المترتبة على هذا التكييف أو ذاك تختلف من واحد إلى آخر . وهذا ما يدعونا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : احتمال أن يكون البرنامج محلا لحق استشارى .

الفرع الثانى : اختلاف النتيجة المترتبة على اختلاف التكييف .

الفرع الأول
احتمال أن يكون البرنامج محلا لحق استشارى

٣٧ - ذكرنا فى مقدمة هذا المطلب أن البرنامج تحت الاعداد قد لا يكون محلا لحق استشارى ، وقد يكون كذلك :

أولا - البرنامج لن يمثل محلا لحق استشارى .

٣٨ - معروف أن البرنامج النوعى هو البرنامج الذى ينفذ لمصلحة عميل معين ليفى باحتياجاته الخاصة ، ولذا يختلف عن البرامج الموحدة أو

البرمجة ، أو برامج الاستغلال ، بيد أن البرنامج النوعى لا يكون معدا عندما يبرم الاتفاق بين العميل والمورد . فقد يطلب العميل اعداد برنامج نوعى بسيط ، وقد يطلب اعداد برنامج نوعي معقد أو مركب .

فإذا اقتصر الاتفاق على قيام المورد بتنفيذ برنامج نوعى بسيط لمصلحة العميل ، فقط ، دون أن يكون الأول ملزماً بأى التزام آخر ، كتوريد حاسب آلى ، أو أجهزة أخرى ، فإن هذا الاتفاق لا يثير مشاكل من ناحية تكييفه ، خاصة ، إذا لم يكن هذا العمل فى حد ذاته منشئاً لبراءة اختراع أو لم يكن مما يمكن نعته بالعمل الذهنى المحمى من قبل تشريعات حق المؤلف .

ويمكن القول فى مثل هذه الحالة ، أن العلاقات التعاقدية التى تنشأ بين « المعلوماتى المورد وبين العميل » Entre L'informaticien Fournisseur et Son Client مؤداها أن الأول يلتزم فى مواجهة الثانى بالقيام ببعض الأعمال Certaine Tâche التى تسمح للعميل بتحصيل المنفعة ، فى حالة قابلية المعرفة الفنية للانتقال ، دون أن يتم ذلك الانتقال فى الحال وبطريقة سهلة إلى الجمهور وفقاً للمعطيات التى أعطيت لهذا التعبير من قبل الفقه الذى أجاز هذا العقد(٣٨).

---

(٣٨) انظر J.-M. Mousseron, Le Know-how, Cah. dr. entreprise 1972, No.1 J.C.P. (C.I) avr. 1972; adde V. savoir-faire, Rep. dr. com. D.1977; Y.Reboul, Les contrats de recherches, Paris, Litec, Coll. CEIPI, No. 150 et s., p. 124 ets.

وانظر لامى ، قانون المعلوماتية ، رقم ٢٩٨ .

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن الأمر يتعلق « بعقد دراسة » محله القيام بعمل ، وبالتالى ، يكون بمثابة عقد مقاولة .

ثانيا - البرنامج سيحتل محلا لحق استئثارى :

٣٩ - قد يطلب العميل من المورد تنفيذ برنامج مركب أو معقد ، بحيث يصبح من الممكن ، بفضل التقدم فى تحقيق هذا البرنامج ، التوصل إلى نتائج يمكن حمايتها بمقتضى قواعد الملكية المعنوية (قواعد براءات الاختراع ، أو قواعد حق المؤلف) .

وكما تقدم ، فإن المورد الذى لم يحتفظ لنفسه بأى حق على البرامج ، بصفة عامة ، لا يخرج اتفاقه مع العميل عن كونه حوالة Cession أو ترخيصاً Licence ، اللهم الا مسألة المعرفة الفنية حيث أعتبرنا العقد التى يجعلها محلا له بمثابة عقد مقاولة .

أما بالنسبة للبرنامج النوعى فالأمر جد مختلف ، حيث يتولى العميل تمويل هذا الأداء الخاص ، وبالذات ، ذلك الأداء الذى يتمشى مع احتياجاته ، وكنتيجة منطقية لذلك ، سيرغب العميل فى الاحتفاظ بكامل سلطاته على البرنامج فى مقابل ما يتحمله من تكاليف باهظة ، فى معظم الأحيان ، فى سبيل أداء هذا العمل من قبل المورد .

بيد أن المورد قد يرغب نظير اشتراطه لمقابل أقل من التكلفة الحقيقية التى كان سيتحملها العميل ، فى الاحتفاظ بإمكانية استخدام البرنامج النوعى لدى عملاء آخرين لهم نشاط قريب من نشاط العميل الممول ، الأمر الذى سيصبح معه البرنامج النوعى ، فى نهاية المطاف ، برنامجاً موحداً بشكل أو بآخر .

٤٠ – وجدير بالذكر أن تكييف العقد ، هنا ، يثير كثيرا من التساؤل ، خاصة بين المورد والعميل الأول ، لأنه توجد أشكال تعاقدية متعددة . تدخل ، عندئذ ، دائرة المناقشة . وحتى على فرض اعتبار البرنامج النوعى ، فى هذه الحالة ، بمثابة عمل قابل للحصول على براءة اختراع حتى ولو كان الشيء ، كما يقول البعض[٣٩] غير واضح — أو على اعتباره عملا ذهنياً فى مفهوم حق المؤلف ، فإننا نتساءل ، من داخل هذا الفرض الذى نواجهه ، عما إذا كان هذا العمل يتعلق بعقد مقاولة ، أم ببيع ، أم باجارة شيء مستقبل ؟ كما نتساءل عن الفوائد أو النتائج الملموسة لهذا التكييف أو ذاك ؟ هذا ما نوضحه فى الفرع التالى :

الفرع الثانى
أختلاف النتائج المترتبة على اختلاف التكييف

٤١ – تختلف النتائج بناء على اختلاف التكييف الذى يعطى للعلاقة بين المورد والعميل : فالاتفاق ابتداء على الثمن فى عقد البيع ، وعلى الأجرة فى عقد الايجار ، فضلا عن الاتفاق على محل العقد ، يمثل عنصراً أساسياً لا يقوم البيع أو الايجار بدونه ، فإذا ما تخلف الاتفاق على هذا العنصر أو ذاك استصحب بطلان العقد . بعكس الحال فى المقاولة حيث يجوز الاتفاق على المقابل فى وقت لاحق من ابرام العقد . ومن ناحية

---

(٣٩) لامى ، قانون المعلوماتية ، رقم ٢٩٩ .

أخرى ، فإن إجارة العمل أو المقاولة Droit du Louage D'ouvrage تسمح للآمر ، أى (العميل) Donneur D'ordre فى الصفقات الجزافية بفسخ الاتفاق بالارادة المنفردة وبدون تعويض ، وهو مالا يسمح به للمشترى فى عقد البيع مع تأجيل التسليم . وأخيراً ، فإن التطبيق العملى يظهر أهمية التفرقة بوضوح : فقواعد البيع والايجار تضع نظاماً دقيقاً وكافياً لضمان العيوب الخفية Vices Cachés ، بينما هذا النظام أقل وضوحاً فى عقد المقاولة .

وعلى ذلك ، يبدو لنا من الأهمية بمكان التركيز على تكييف الاتفاق بين المورد والعميل بخصوص البرنامج النوعى ، لضمان معرفة النتائج الصحيحة التى قصد تحقيقها . **ولكن على فرض استبعاد التحليل المتمثل فى العملية التى تتعلق باجارة شىء فى المستقبل ، لأنه لا يتصور الاجارة مع قيام العميل بتمويل العملية ، أو المتمثل فى أن تنفيذ البرنامج النوعى المعقد أو المركب سيكون محلا لبراءة اختراع ، أو على الأرجح لعمل ذهنى ، فأى العقود تنطبق على هذه العلاقة عندئذ ؟**

لا يمكن القول بوجود عقد حوالة ، أى بيع ، لأنه يلزم لكى تبرم الحوالة صحيحة أن يكون البرنامج النوعى قد حصل على براءة اختراع ، على الأقل فى اللحظة التى تبرم فيها الحوالة ، وهذا مالا يتصور لأنه مازال تحت الاعداد . بيد أنه يمكن تصور وجود عقد نقل المعرفة الفنية Contrat de Communication de Know - How مع شرط الحصول على البراءة عند الاقتضاء[٤٠].

---

(٤٠) انظر J.-M. Mousseron, Brevet d'invention, Rep. dr.com. Dalloz, No. 419.

كذلك ، لا يمكن القول بوجود حوالة كاملة (أى بيع) لأعمال فى المستقبل Cession Globale D'œuvres Futures لتحريم ذلك من قبل المادة ٣٣ من التشريع الفرنسى الصادر فى ١١ مارس ١٩٥٧ ، رغم أن هذا التشريع الأخير يورد استثناءات فى ثنايا نصوصه ، إلا أن الأخذ بتكييف الحوالة يبدو لنا غير ملائم[٤١].

حقيقة أن المعايير التقليدية التى تستخدم للتمييز بين اجارة العمل وبيع الشىء المستقبل تكمن ، من ناحية ، فى معرفة ما إذا كان المقاول L'entrepreneur ، أو الأمر (العميل) Donneur D'ordre قد قدم المادة محل العمل ، كما تكمن ، من ناحية أخرى ، فى قيمة المادة التى قدمها المورد بالنسبة لقيمة العمل المنفذ من قبله[٤٢]، ومع ذلك ، فإن خلق برنامجاً نوعياً لايفترض المادة كمادة بقدر ما يفترض العمل المؤدى . لذا يسود الاعتقاد أن عقد أداء الخدمات النوعى (البرنامج النوعى) يتعلق بعقد من عقود المقاولة[٤٣]. وعلى ذلك فإن الحلول القديمة المتمثلة فى الحوالة أو التنازل Cession عن الأعمال فى المستقبل باتت مهجورة[٤٤].

وجدير بالذكر أن هذا التكييف لا يمنع من إمكان أن يشتمل العقد على شروط متوقعة تتسع للحقوق المتفق عليها : مثل مجموع الحقوق التى

---

(٤١) انظر لامى ، عقود المعلوماتية – التكييف ، رقم ٣٠١ .

(٤٢) H.L. et J.Mazeaud, op. cit., T.III, vol. 2, Principaux contracts, p. 747 ets.

(٤٣) Paris, 19 Mars 1947, aff, Rouault, J.C.P. 1947-11-3563; Paris, 5 Nov. 1963, Ann. Prop. ind. 1964-201; adde, Plaisant, J.C.I. propriété litteraire et artistique.

(٤٤) Paris, 19 Avr. 1975, Ann. prop. ind. 1875-335.

تكون لمصلحة العميل ، كتلك التى تتصل بحوالة الحقوق المعنوية ، أو جزء من هذه الحقوق المتفق عليها ، كما فى حالة الوضع تحت التصرف والذى يشبه الاجارة ، خاصة عندما يقبل العميل بذلك .

المبحث الثانى
تكييف الأداءات المتعلقة بالخدمات الأخرى(*)

تنوع الأداءات ، تقسيم :

٤٢ - تكشف العلاقة بين المورد والمستخدم (العميل) أن عمليات التعاقد فيما بينهما لا تقتصر على تلك المتعلقة بالحاسب الآلى

---

* في اللغة الاقتصادية تجرى المقابلة بين الأموال والخدمات عن طريق تشبيه بيع مال وأداء خدمة ، وذلك عند الكلام ، بصفة عامة ، عن بيع المنتجات والخدمات ، فليس من الخطأ ، إذن ، من الناحية الاقتصادية القول بأن من يقدم خدمات بمقابل يبيع خدمات .

أما من الناحية القانونية ، فيجب التفرقة بين بيع المال وأداء الخدمة ، لأن نظام العمليتين ليس واحداً ، حيث أن محل العقد يؤثر على نتائجه ، ولا يخضع أداء الخدمات لنفس قواعد بيع المنتج . واذا كان أداء الخدمة ليس مفهوماً قانوناً ، إلا أنه صار شائعاً في لغة الأعمال ، ففى فرنسا يورد التقنين المدنى في المادة ١٧٧٩ وما بعدها ، تحت عنوان : « اجارة العمل واجارة الصناعة » (انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى المصرى) ما يطلق عليه في الوقت الحاضر اجارة الخدمة ، واجارة العمل ، واجارة الصناعة أو عقد المقاولة . وأخذاً بالمفهوم الواسع فإن عبارة « أداء الخدمة **La prestation de services** » يمكن أن تغطى هذا كله . ذلك لأن إعطاء خدمة للغير بمقابل ، يوجد في حالة اتفاق الأجير الذي يضع نفسه في

وبعض أداءات البرامج ، على تشتمل ، فضلا عن ذلك ، على كثير من الموضوعات الأخرى : مثل العقود المتعلقة بالدراسات الأولية Les Contrats D'études Préalables التى بمقتضاها يباشر المتخصص فى « المعلوماتية » مختلف الدراسات لمساعدة العميل المستخدم للحساب الآلى ، عند اللزوم ، وذلك بالتعرف على حاجاته واقتراح الحلول المرضية له . ومثل عقود الاستشارة أو النصيحة Les Contrats de Conseil ، فقد يكون مطلوباً من المورد فى مرحلة لاحقة من توريده للحاسب الآلى والبرامج تقديم النصح للعميل ، سواء تعلق هذا النصح بالوسائل الفنية الخاصة بالتشغيل ، أو تعلق بادارة المشروع ... الخ .

أكثر من ذلك ، قد يلجأ العميل إلى شركة خدمات لاتمام مختلف عمليات حجز الأجهزة التى تستخدم فى مجال « المعلوماتية » ، وقد تلجأ منشأة إلى شركة خدمات لنقل برنامج فى حوزتها ، من قبل ، من دعامة إلى أخرى ، أو ترجمته من لغة إلى أخرى ، أو اجراء بعض التعديلات الطفيفة عليه ، Upgranding .

خدمة مشروع (عقد عمل) ، كما يوجد في حالة تعهد مشروع بتوريد خدمة لعميل (عقد مقاولة) .

ولذا فإن تعبير أداء خدمة يكتسب الثوب القانوني لاجارة العمل أو عقد المقاولة أو الوكالة . هذه العقود ستصبح عقود ناقلة للملكية طبقاً لما يراه الأستاذ Le Tourneau .

انظر في تبنى اصطلاح بيع الخدمات : مقال الأستاذ سافتيه :

R. Savatier, Les ventes de services, Dalloz, 1971, chro, 223; P.Le Tourneau, La responsebilité civile, édition Dalloz, Paris 1982.

وانظر نصيرة ، رسالتها السابقة ، هامش ٢ ص ٢٤٤ .

بل أن تشغيل الحاسب الآلى ، ومحاولة معالجة المعلومات ، قد يكشف للعميل عن حاجته للتدريب والتثقيف ، وهو ما يمكن للمورد القيام به ، ابل ويفرضه فى بعض الظروف العقد المبرم بينه وبين العميل ، والشاهد على ذلك مختلف عقود عمليات الصيانة ، ومعالجة المعلومات التى تتم عن طريق مؤسسات متخصصة(٤٥).

يضاف إلى ذلك كله ، خدمات ترخيص البرامج الموحدة ، خدمات التصوير والابتكار للبرامج النوعية ، خدمات تقديم فريق المشتركين فى التدريب والتكوين ، والمساعدة على بدء التشغيل(٤٦).

٤٣ - بيد أننا ، رغم تنوع هذه الأداءات ، لن نعرض إلا لنوعين ، فقط ، من الأداءات السابقة ، لأهميتهما من حيث التطبيق العملى بالنسبة لمستخدم الحاسب الآلى : وهما الأداء المتمثل فى تقديم المشورة ، والأداء المتمثل فى إعداد المستخدمين ، وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : تكييف الأداء المتمثل فى تقديم المشورة أو النصح .

المطلب الثانى : تكييف الأداء المتمثل فى اعداد المستخدمين .

---

(٤٥) انظر رقم ٩٩٧ وما بعدها من لامى ، عقود المعلوماتية ، ١٩٩١ .

(٤٦) Paris, 5e ch. A, 28 Fev. 1989, Société SCOD C. Société Gramme, Juris-Data No. 20404.

المطلب الأول
تكييف الأداء المتمثل فى تقديم المشورة أو النصح

٤٤ – ساعدت الأهمية المتزايدة للمسائل ذات الطابع الفنى فى كثير من مجالات الحياة اليومية على ظهور وانتشار ما يسمى بالالتزام بتقديم النصيحة ، خاصة فى المهن الحرة فى المجالات المتخصصة . هذا وتتميز فكرة تقديم النصيحة أو المشورة بمحتواها المحدد ، حيث : « تهدف إلى ارشاد سلوك المزود بها ، وبعبارة أخرى ، تتضمن المشورة نوعاً من الدفع إلى القيام بعمل ، أو عدم القيام به »[٤٧].

وجدير بالذكر ، أن النشاطات المتعلقة بابداء المشورة تتم فى إطار الخدمات المقدمة للمشروعات ، حيث تنشأ علاقة بين شخص متخصص (قد يكون المورد أو شخصاً آخر) هو مقدم النصيحة ، وشخص مبتدىء هو العميل . « فمقدم النصيحة قد تخصص على نحو دقيق فى مسألة من بين المسائل التى يجهلها من يطلب الاستشارة »[٤٨].

وتقديم المشورة قد يتم فى اللحظة التى قامت فيها المفاوضات التعاقدية[٤٩]، كما يمكن أن يستمر ، حتى فيما بعد اتمام العمل ، بالنسبة

(٤٧) R. Savatiêr, Les contracts de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, 1972, Chro., p. 137, No. 10; R.Savavier, La vente de services, art, cit.

(٤٨) مقال سافتيه ، عقد المشورة المهنى ، ص ١٣٨ بند ٠٢.

(٤٩) Rennes, qjuillet 1975, D. 1976, p. 417 note J. Schmidt.

للحاسب الآلى . فعمل المستشار لا يتمثل فى تنفيذ الأعمال ، وإنما يقتصر ، فقط ، على مجرد تقديم الاستشارات التى يمكن أن تتخذ شكل وثائق مكتوبة . بيد أن هذه الاستشارات كما يمكن تقديمها كتابة ، يمكن أن تكون شفوية ، وهذا هو الحال فى مجال الحاسبات الآلية ، حيث يتم تقديم النصيحة عن طريق خبراء يوجدون تحت تصرف العميل المستخدم ، ويكون لهم ، فى نفس الوقت ، إمكانية التدخل لتقديم استشاراتهم كلما عنت مشكلة . حقيقة أن المستشار لا يقوم باتخاذ القرار ، ولكنه يتدخل فى مرحلة اعداد المعلومات التى تكون المشورة منصبة عليها ، بل ويلتزم ، أحيانا ، بضمان الحل الذى يقترحه عن طريق التنسيق والتنظيم بين الأداءات المتعددة ، وهذا ما نصادفه فى عقود الحاسبات الآلية ، كعقود تسليم مفتاح[٥٠].

٤٥ – وإذا كان تقديم المشورة ، كأداء لخدمة ، له هذه الأهمية ، فإن الالتزامات التعاقدية ، التى تتعلق بتقديم هذه المشورة ، لا تقل أهمية عن ذلك . **لذا نتساءل عن الطبيعة القانونية لعقد تقديم المشورة ، هل هو بمثابة بيع ، أم وكالة ، أم أنه لا هذا ولا ذاك؟**

من ناحية ، لا يمكن وصف أداءات تقديم المشورة بأنها بمثابة عقد بيع ، لأن هذه الأداءات تتسم بالطابع الذهنى كصفة أساسية فيها . ومن ناحية أخرى ، لا يعد مقدم النصيحة أو المشورة بمثابة وكيل ، لأنه لا يقوم بالتصرفات القانونية لحساب العميل . ويمكن القول ، بأن تقديم المشورة يعد ، من حيث الواقع ، التزاماً منصباً على تقديم خدمة ، وبناء على ذلك ، فإنه يستند إلى عقد مقاولة ، طالما أن أداء الخدمة لا يمثل محلا

(٥٠) نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٤٥ – ٢٤٧ .

لحق استشارى ، وإن كان بعض الكتاب ، مع تسليمهم بالتكييف الذى تراه[٥١] يضفون على عقد المشورة ذاتية خاصة[٥٢].

المطلب الثانى
تكييف الأداء المتمثل فى اعداد المستخدمين
(عقد المساعدة الفنيـة)

٤٦ – يقصد بعقد المساعدة الفنية Le Contrat D'assistance Technique ذلك الاتفاق الذى يتضمن التزام المورد بتزويد المتلقى بالفنيين اللازمين لتدريب افراده على تشغيل الحاسبات الآلية ، وكيفية استخدام البرامج واصلاحها وصيانتها ، أو تدريبهم على ادارة المشروع بالأساليب الفنية[٥٣].

---

(٥١) انظر في ذلك ، نصيرة الرسالة السابقة ، ص ٢٤٧ .

(٥٢) M.F. Mialon, Contribution à l'étude juridique d'une contrat de conseil: Le contrat de conseil en organisation d'entreprise, revue, trimestrielle de droit civil, 1973, p.5.

(٥٣) J.J. Burst, L'assistance technique dans les contrats du Transfert technologique «Contrat de Communication de savoir - faire et contrats de licence de brevets d'invention», Dalloz, 1979 chro. p.1 ets.
انظر يوسف عبد الهادى الاكيابى ، الرسالة السابقة ، ص ٥٢ وما بعدها ، والمراجع المشار اليها .

هذه المساعدة ، أو اعداد المستخدمين ، قد تكون محلا لعقد مستقل ، وقد ترد كشرط أو التزام من بين الشروط أو الالتزامات التى ترتبها عقود الحاسب الآلى .

وما يلفت النظر هنا ، أن اعداد المستخدمين المقصود ، فى هذا البحث ، يتميز عن عقد التدرج ، حيث أن الأخير عبارة عن عقد عمل من نوع خاص ، يلتزم بمقتضاه صاحب العمل علاوة على دفع الأجر للعامل المتدرج ، ضمان تدريبه تدريباً مهنياً كاملا(٥٤).

بيد أن اعداد المستخدمين يمكن تقريبه من عقد التعليم Contrat D'enseignement الذى بمقتضاه « يقوم المعلم بالتعليم فى إطار إنسانى » . فالعمل ، فى حقيقة الأمر ، لا ينفذ على شىء مادى ، ولكن فى مواجهة إنسان . وهذا الاعداد « للخامات البشرية » يضفى على هذا الأداء أصالة مؤكدة(٥٥).

---

(٥٤) يلاحظ أن عقد التدرج يختلط مع عقد اعداد المستخدمين في قليل من جوانبه ، لأنه نوعاً من التعليم وفق ما جاء بالمادة ١١ من قانون العمل الجديد رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ « يعتبر عملاً متدرجاً كل من يتعاقد مع صاحب عمل على العمل لديه بقصد تعلم مهنة أو صناعة » . انظر شرحاً موسعاً ، شرح قانون العمل المصرى للمؤلف ١٩٨٩ ص ١٨١-١٩١ ، وانظر كذلك نص المادة ١١ للقانون رقم ٥٧٦ - ٧١ لسنة ١٩٧١ الفرنسى .

(٥٥) J. Carbonnier, sous tribunal civil, Lille, 21 juin 1950 et civil 5 juillet 1950, J.C.P., 11, 6439

حيث يقول : «L'educateur travaillerait la en pleine matière humaine».

ويعتبر الأستاذ كاربونتيه أن عقد الاعداد (التدريب) ، هو عقد ذاتى autonome غير قابل لتحوله لأي من أنماط العقود التقليدية .

وطالما أن عملية اعداد المستخدمين تدخل فى إطار أداء الخدمات ، ولا يمكن أن تكون محلا لحق استشارى ، لذا فإن العقد الذى ينظمها هو عقد مقاولة ، خاصة إذا كانت محلا لعقد مستقل . يؤكد ذلك أن طبيعة عقد المقاولة لا تتعارض مع تنوع الأداءات المتمثلة فى تقديم الخدمة .

إن تنوع أداء الخدمة يرتكز على قيام المورد (المقاول) Léntrepreneur بتنفيذ عمل لمصلحة العميل الآمر Client Donneur D'ordre ، وتنشيء أنواعاً كثيرة من عقود المقاولة المنظمة من قبل بعض النصوص التشريعية المكملة للقانون المدنى والعادات السارية .

وجدير بالذكر أن تعبير « بيع الخدمة » ، وان كان قد استخدم من قبل البعض ليحدد عن طريقه مختلف الخدمات[٥٦]، ولكن كان البعض الآخر قد ذهب إلى اقتراح التقريب بين كافة العقود التى تشتمل على خدمة . أيا ما كانت ، وإدراجها فيما يسمى ببيع الخدمة ، فإن هذا التعبير يؤدى إلى الخلط فى الموضوعات ، ولا يعفى من التمييز بين العقود بناء على ما يتولد منها من التزامات[٥٧].

---

(٥٦) سافتيه ، بيع الخدمات ، المقال السابق ، دالوز ١٩٧١ ص ٢٢٣ .

(٥٧) انظر في ذلك ، لامى ، عقود المعلوماتية ، ١٩٩١ ، رقم ٣٠٣ .

الفصل الثالث
عقد تسليم مفتاح
«Cléen Main»

تمهيد وتقسيم

٤٧ – لوحظ من الدراسة السابقة أن العميل مضطر لإبرام عدد مختلف من العقود ، بعضها يتعلق بالجهاز ، والبعض الآخر يتعلق بالبرامج ، والبعض الثالث يتعلق بالخدمات ، مثل تقديم المشورة واعداد فريق المستخدمين .

بيد أنه يلاحظ أن هذا التنوع عيوبا تتجاوز مزاياه : فإذا كان هذا التعدد يسمح للعميل بانجاز أفضل للمراحل المتنوعة للعملية المعلوماتية ، ويسمح له كذلك ، فى حالة وجود عيب من العيوب ، بتحديد دقيق للمسئوليات ، ويسمح له ، أخيراً ، بتحديد المخاطر ذات الطبيعة المالية ، فإنه يتعين ألا يغيب عنا وحدة الهدف الاقتصادى المراد تحقيقه ، والذى تعتبر الالتزامات المتعددة ، السالف ذكرها ، مجرد وسيلة تستخدم لتحقيق العملية المعلوماتية ، كوحدة متجانسة ومن ثم فلا يمكن تفسير هذه الالتزامات إلا على ضوء وحدة الهدف الاقتصادى المنشود .

إن جميع العمليات المتعلقة بالحاسب الآلى ، سواء وردت على أموال

مادية ، أم على أموال معنوية ، تجمعها وحدة المحل Objet Unique ، أو وحدة السبب Cause Unique ، وربما وحدة الأطراف Parties peut - être Unique[1]، ولكن يضمها جميعاً وحدة الغاية But Unique .

من هنا ، كان من الأفضل للعميل أن يلجأ إلى مقاول واحد ، بدلا من التعاقد مع عدد من الموردين أو المقاولين ، لاتمام العملية « المعلوماتية » ، ويتم ذلك عادة عن طريق ما يسمى بعقد « تسليم مفتاح » ، فماهى ماهية هذا العقد ، وماهى طبيعته ؟ هذا ما نعرض له فى مبحثين :

المبحث الأول : ماهية عقد تسليم مفتاح .

المبحث الثانى : طبيعة عقد تسليم مفتاح .

المبحث الأول
ماهيـة عقـد تسـليم مفتـاح

٤٨ - ننوه ، هنا ، بادىء ذى بدء ، أننا سنعرض بايجاز شديد لماهية عقد تسليم مفتاح ، فنتناول تعريفه والظروف التى أدت إلى ايجاده ومضمونه فى مطلبين :

---

(١) انظر فيما يتعلق بصعوبة التمييز بين مركبات العقود والعقود المركبة :
B.Teyssié, Les groupes de contrats, Paris, 1975, p. 8 ets.

المطلب الأول : تعريف عقد تسليم مفتاح

المطلب الثانى : مضمون عقد تسليم مفتاح .

المطلب الأول
تعريف عقد تسليم مفتاح

٤٩ - يقصد بعقد تسليم مفتاح ، فى مجال الحاسب الآلى ، ذلك الاتفاق الذى يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة الحاسب الآلى وتسليمه إلى الطرف الآخر جاهزاً للتشغيل .

ولئن كان الذى يضطلع بإقامة الحاسب الآلى وتسليمه جاهزاً للتشغيل قد يكون طرفاً واحداً ، إلا أنه قد يشترك عدد من الأطراف فى مسئولية إقامته . ولكنه من المناسب التعامل مع طرف واحد ، حتى فى حالات إقامة الحاسبات الآلية الضخمة التى تحتاج إلى عديد من الخبرات والمعارف والمهارات الفنية قلما أن توجد لدى طرف بمفرده ، لما فى ذلك من تحديد للمسئولية ، حيث يصبح المقاول أو المورد هو المسئول أمام الطرف الآخر عن إقامة الحاسب الآلى وتشغيله ، رغم أن تكلفة المشروع فى حالة التعامل مع طرف بمفرده تغدو أعلا من تكلفة المشروع فى حالة التعاقد مع عدة أطراف(٢).

(٢) يوسف الاكيابى، الرسالة السابقة ، ص ٦٥ وما بعدها .

والأصل أن تنتهى التزامات المقاول باتمام عمليات المبانى ، وتركيب أجهزة الحاسب الآلى ، وتوريد البرامج ، وتجربته واعداده للتشغيل . ومع ذلك ، فقد تمتد التزامات المقاول إلى أبعد من ذلك ، خاصة عندما يعوز العميل الخبرة على تشغيل الحاسب الآلى وادارته ، وتنقصه العمالة الفنية المدربة والقادرة على استيعاب التكنولوجيا الحديثة وتطويعها . وفى هذه الحالة يمكن للعميل الاتفاق مع المقاول على ما يسمى بعقد تسليم انتاج أو عقد الانتاج فى اليد Contrat Produits En Main(٣).

٥٠ – وعقد « تسليم مفتاح » من العقود التى ظهرت أول ما ظهرت فى مجال البناء والتشييد ، ومع ذلك ، فقد استخدم حديثاً فى مجال التصنيع ، نظراً للتطور التكنولوجى الهائل . ورغم الدور الذى يؤديه العقد ، فإنه لم يحظ بتنظيم تشريعى خاص فى المجال الوطنى ، ولم يلق عناية فى المجال الدولى(٤).

وجدير بالذكر ، أن عقد « تسليم مفتاح » أصبح يُستخدم كثيراً ضمن العلاقات التعاقدية المعلوماتية ، رغم أنه لم يحدد ، بعد ، بوضوح .

فضلا عن ذلك ، فإن القضاء بدأ ، هو الآخر ، يستخدم صياغة

(٣) محسن شفيق ، عقد تسليم مفتاح ، نموذج من عقود التنمية ١٩٨٢ – ١٩٨٣ على الآلة الكاتبة ، لدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ص ٢٣ .

(٤) **Th.Hassler, Les contrats de contruction d'ensembles industriels, thése strasbourg 1979; G. Blanc, Le contrat international dequipement industriel, thèse Aix-en-Provence 1980; adde, G. Cas et R. Bout, Lamy droit economique 1991, No. 7742 ets.**

« تسليم مفتاح » التى ترد فى بعض العقود التى يرفع بشأنها نزاع : حيث تستخدم هذه الصياغة لصبغ Pour Colorer بعض التزامات الموردين ، أو لتحريك مسئولياتهم : فتارة يوضح القضاء الصفة الملازمة لتوريد الجهاز (الحاسب الآلى) مع البرامج بناء على « تسليم مفتاح »(٥). وتارة يقترح القضاء أن هذه الخاصية توجب اشتراك الأجهزة والبرامج فى العملية المعلوماتية بقصد تحقيق وظيفة شاملة صحيحة ، وهو ما قضت به محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٣ أكتوبر ١٩٨٠(٦). وتارة يضاعف القضاء من التزام المورد ، بناء على وجود مثل هذا التعبير فى تعهد المورد مع العميل ، فيلتزم الأول بإسداء النصح أو المشورة ، بجانب

---

(٥) Paris, 1_{re} ch., Sect. ury., 19 Mars 1979, Doitteau C.B.T.M. conseil Juris-Data No. 371, cit, in Lamberterie No. 189, p.177; Paris, 5e ch. A, 5 Juil. 1989, Société unisys C.M.Duval, Juris-Data-No. 22698.

(٦) Paris, 25e ch. A, 3 Oct. 1980, Sud Industries C. Olivetti, Juris-Data No. 443, cit in. Lamberterie, No. 190, p. 177.

وقد جاء في هذا الحكم ما يلي : «Considerant, en effet, qu'en la matière une machine non programmeé ne peut donner satisfaction à son utilisateur et que, par ailleurs, le programme conçu par X, certes pour les besoins de son client, mais aussi en fonction de son mteriel, ne présente à l'evidence aucun intérêt pour T; considerant, enfin, que le lien étroit existant entre la machine et le programme pour la satisfaction d'un besoin déterminé du client, resulte egalement du libellé de la facture pro forma établie par X, document précisant que le prix de.... concernait un ensemble programmes ... avec mémoire auxiliaire, dôté d'un programme de facturationetque ce prix était un prix «clé en main»; que l'expression «cléenmain» signifie, à l'évidence, que l'ensemble machine et logiciel devait être en état de fonctionner convenablement».

ما يقوم به أصلا فى مواجهة العميل(٧). بل أن القضاء قد ذهب إلى أبعد من ذلك ، فاعتبر المورد الذى ارتبط بعقد « تسليم مفتاح » بمثابة مقاول ، وبالتالى يجب أن يلعب هذا الدور ، ويأخذ على عاتقه كل التزام بالنصح ، فضلا عن كل ما من شأنه أن يحقق العملية المعلوماتية ، والا عد قد ارتكب خطأ تعاقدياً(٨).

كل ذلك يؤدى بنا إلى التساؤل عما إذا كان الالتزام بتسليم مفتاح يفرض على المورد التزاماً بتحقيق نتيجة ؟ محاولة الاجابة نجدها فى المطلب الثانى :

---

(٧) Paris, 5e ch. A, 27 Mars 1984, Olivett C. Rollet, Juris-Data No. 21153 D, 1985-I-R. 42, note J. Huet; وقد جاء فيه ما يلى: «Que, sur le premier point, en effet, la société X, technicien averti, avait envers son client une obligation de conseil d'autant plus précise et imperieuse que, fournisseur de materiel électronique de la société Rollet depuis plusieurs années, elle connaissait parfaitement les besoins de sa gestion; que cette obligation se trouvait en l'espéce renforcée par l'engagement particulier de «livraison clé en main» Paris par la société X».

وانظر كذلك Paris, 5e ch. B, 9 nov. 1989, Société S.T.B.E. C. société Ferry Malte juris-Data No. 25919.

(٨) Paris, 5e ch. A, 23 Mai 1984, Eca C. Thomas, Juris-Data, No. 22459; adde pour une definition précise de la notion de clé en main, Trib, Com. Bordeaux, 27 Janv. 1988, société Primmas L.M.I. C. Société L.S.I., Petites Affiches 23 août 1989, p. 15.

المطلب الثانى

مضمون عقد « تسليم مفتاح »

Contenu Le Contrat

٥١ – يتضح من أحكام القضاء ، كما تقدم[٩]، أن المورد يعتبر ، من ناحية ، بحق ، كمقاول . ومن ناحية أخرى ، فإن التزامه بالنصح يعد التزاماً جوهرياً ، وأن صفته كمقاول تكون سبباً فى التزامه بالنصح . ومن ناحية ثالثة ، يشترط فيما يتعين عليه تحقيقه من أداءات أن تكون كافية .

ومع ذلك ، يمكن المخاطرة بالقول ، بأن الأصل فى مثل هذا الاتفاق أنه من طبيعة الالتزامات التى تضع على عاتق المتخصص التزاماً بنتيجة[١٠]. وعلى ذلك ، إذا قبل المورد اتفاقاً من هذا القبيل ، مثل الوعد باستعراض خاص للنظام لمعرفة بداية العمل الذى وعد بتنفيذه ، بما فى ذلك تسليم الأجهزة فى المواعيد المضروبة ، فإن عليه أن يقوم بذلك[١١].

---

(٩) انظر المطلب السابق ، تعريف عقد تسليم مفتاح .

(١٠) Contra, Paris, 16e ch. A, 16 janv. 1985 M.Ferain C. Société E.T.D.E Juris. Data No. 20044 J.C.P. (E) 1986-II-15131, note M.Vinant et A.Lucas; Paris, 15e ch. B, 24 Oct. 1986.M.Bouvrande C. Société S.E.P.E et autres, Juris-Data No. 25854; Paris 5e ch. B, 25 Oct. 1990, Juris-Data No. 24202.

(١١) Paris, 5e ch. 28 Sep. 1989, Société sligos C. Société slibail, Juris-Data No. 24416.

وإن كان لايبدو لنا مع البعض الآخر[١٢] أن الاشارة إلى « تسليم مفتاح » توجب بمفردها ، دون تحديد آخر يعطى لمضمون الالتزامات ، الحصول على النتيجة التى يمكن أن تمثل الاشباع الكامل للعميل فى كل الحالات المجازه .

٥٢ – وبالرغم من ذلك ، فقد ذهب البعض إلى أن عقد « تسليم مفتاح » يتميز بأن الشخص المسئول عن أداء العمل يلتزم بنتيجة على مستوى تحقيق هذا الأداء ، ولكن يتحفظ هذا الاتجاه ، فلا يجعل الشخص الملزم بأداء العمل مسئولا عن تحقيق النتيجة إذا كان تطبيق الاتفاق لم يتجاوز المرحلة التمهيدية[١٣].

٥٣ – بيد أن ما ذهب إليه الرأى السابق يبدو لنا غير منطقى ويستحق ، بدون شك ، التمييز الدقيق لمعرفة متى يعتبر تطبيق الاتفاق قد تجاوز المرحلة التمهيدية حتى بعد المورد المسئول عن أداء العمل ملتزماً بتحقيق نتيجة . حقيقة يمكننا أن نعيب على المورد الصفة الجوهرية الرديئة لأدائه ، كما يمكننا أن نعيب عليه تحقيقه لنظام أقل فعالية من معالجة يدوية ، أما فيما عدا ذلك ، فلا يمكننا الكلام عن التزام بنتيجة ، ولا عن إمكانية إدعاء العميل المستخدم بأن واحداً من توقعاته لم تكن كافية اللهم إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة ، أو كان قد وعد بمثل هذه النتائج .

(١٢) لامى ، عقود المعلوماتية ، التكييف ، ١٩٩١ ، رقم ٣٠٥ .

(١٣) I. de Lamberterie, op. Cit. No. 194 et 195; adde, X.Linant de Belle-fonds et A. Hollande, op. cit., p. 56 et, plus spécialement, p. 164.
وانظر أيضاً Aix-en-Provence, 8e ch. B, 10 Oct. 1990, Groupement méditerranéen d'informatique de gestion C. société Arts et Couleurs, Juris-Data, No. 49438.

وفيما عدا هاتين الحالتين الأخيرتين لا يمكن الحديث الا عن التزام بوسيلة[١٤]

إن المورد أو المتعهد « تسليم مفتاح » لا يلتزم إلا باستعمال أفضل الوسائل الممكنة فى مجال المعرفة والتقنية الحديثة ، وفى إطار الميزانية المعينة ، لكى يقدم للعميل الحلول لحاجاته ، ولكى يحقق النظام المعلوماتى النتائج المشار إليها فى عقد تسليم مفتاح ، مع مراعاة أن الالتزام لا يكون ، بصفة عامة ، التزاماً بنتيجة : « فالالتزام فى هذه الحالة يوجب على المتعهد أن يخضع لمجموعة من الالتزامات بوسيلة . وعلى ذلك ، فإن المسئولية لا يمكن بحثها إلا عن طريق اثبات العميل خطأ المتعهد المهنى »[١٥].

٥٤ – أننا نعتقد أن طبيعة الالتزام الذى يثقل المورد أو المتعهد لا ينتج من الادعاء بطبيعة العقد نفسه « تسليم مفتاح » ، وإنما ينتج من تحديد محل العقد ، أو على الأقل ، من مضمون الالتزامات التى يلتزم بها المورد . بل إننا نتفق مع الأستاذ جوتال Goutal فيما ذهب إليه من أن « ... الأساس لا يكون ، كما يعتقد البعض ، بأن المورد « تسليم مفتاح » يكون ملزماً بتحقيق نتيجة ، لأن النتيجة معناها أن الفريق « المعلوماتى » قد أكمل المهام المرتقبة منه . أما إذا كانت العملية المعلوماتية تخضع فى تحقيقها لحسن وظيفة الجهاز ولنوعية البرامج ولتعاون

(١٤) انظر ، لامى ، عقود المعلوماتية ، التكييف ، ١٩٩١ رقم ٣٠٥ ؛ **Y. Poullet, op. cit., p. 128.**

(١٥) **B, Teyssié, Les problémes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingenieré, Dalloz, p. 144.**

جميع الأطراف ، وكان مجرد الفعل الذى لا يوصل إلى النتيجة ، لكل هذه الأسباب مجتمعة ، لا ينشىء خطأ المورد ، فإن ذلك يشير إلى التزام بوسيلة(١٦)، وهذا هو الحال بالنسبة لعقد « تسليم مفتاح » . فالمورد « تسليم مفتاح » لا يتحمل بالتزامات أكثر من تلك التى تتولد عن مختلف الأداءات التى تساهم فى تكوين التقنية « المعلوماتية » ... »(١٧).

وكما قضت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٢٣ مايو ١٩٨٤(١٨)، أن الأصل فى عقد « تسليم مفتاح » لا يأتى من تأثير الالتزام بالنصح ، والذى كان يمكن أن يتحلل إلى التزام بنتيجة على خلاف الواقع(١٩)، ولكن يأتى من توحيد المتعاقدين مع العميل من خلال العملية « المعلوماتية » .

فغالبا ، ما يفضل العميل ، بدلا من مخاطبته لواحد أو أكثر من المصانع لتوريد الأجهزة ، أو مخاطبته لشركة خدمات أو أكثر لانشاء

---

(١٦) Paris, 5e ch. A, 28 Sept. 1988, Société Financière La Jardine C. Société I.C.L. France et Jarène, No. 86/1787; Trib. com. Bordeaux, 27 janv. 1988, précité.

(١٧) J.-L. Goutal, note sous Paris, 5e ch. B, 4 Janv. 1980, Cerci C.C.P.S., J.C.P. 1982-II-19734.

(١٨) انظرها من ٨ من هذا الفصل الأخير .

(١٩) معروف أن واجب النصح ذات مضمون واحد ، سواء ورد في عقد تسليم مفتاح ، أو في عقد آخر ، لارتباط النصح بالتقنية المعلوماتية ، ولأن الالتزام بالنصح يكون التزاماً قاطعاً ، ولا يوجد من ينوب عمن يقدم هذه المشورة . فضلاً عن أن الالتزام بالنصح لكي يكون كاملاً ، يتعين أن تكون له نفس الحدود ، لأن من حق العميل ألا يبقى في موقف سلبي ، ألا يجهل ما يعرفه الكل ... انظر جوتال ـ التعليق المشار اليه .

وإقامة البرامج النوعية التى تساعده على انطلاق العمل ، أو مخاطبته أنواعاً مختلفة من الغير لتقديم مختلف الأداءات لتهيئة وإعداد القاعة « المعلوماتية » ، أو مخاطبة شخص أو آخر للحصول على مختلف الدراسات اللازمة ، بدلا من كل ذلك ، يفضل العميل أن يتعاقد جملة مع ممول واحد يتولى هذه المهام المختلفة ، بل وقد يلجأ إلى مقاول من الباطن لأداء ذلك .

إن هذا المسعى ، أى الالتجاء إلى ابرام عقد « تسليم مفتاح » يكون بحق ، الأكثر بساطة للعميل الذى لا يملك اجراء حوار الا مع شخص واحد ، ولا يملك أن يشكو من المسئوليات المخففة المحتملة المتولدة من وجود كثير من الشركاء المتعاقدين .

بيد أن هذا الطريق لا يخلو من خطر : فمن ناحية ، يأتى هذا الخطر من ثقة العميل المفرطة التى يوليها للمورد ، دون أن يؤمن الدور الخاص به فى تعريف الحاجات والمساعدة الضرورية لنجاح المشروع المعلوماتى . فضلا عن ذلك ، يأتى هذا الخطر من الامكانيات المالية للمتخصص غير الكافية ، والتى تجعله يختفى قبل تحقيق العمليات ، أو لا تمكنه من التعويض فى حالة الفشل فى عمله المعلوماتى[٢٠].

إن عقد « تسليم مفتاح » يوجد عندما يتفق على مختلف الأداءات المتعلقة بالعملية المعلوماتية ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان مجرد العقد يتكفل بكل العمليات ، أو ما إذا كانت هذه العمليات تمثل محلا لأداءات منفصلة ولقوائم متميزة .

---

(٢٠) P. Wallon, Les mirages du «clé en main», Exp. 1980, p. 3.

حقيقة ، أن التطبيق العملى ، كما رأى البعض[٢١] قد كشف عن نظام تجزئة المستندات التعاقدية بحسب الأداءات ، إلا أن هذا الاعتبار لا أثر له على العملية ككل التى تستمد خطوطها من وحدة الموردين . وعلى ذلك ، فإن عقد المعلوماتية ، تسليم مفتاح ، يثير التساؤل حول طبيعته القانونية .

المبحث الثانى
تحديد طبيعة عقد تسليم مفتاح
«La Nature Juridique Du Contrat Cléen Main»

٥٥ – إذا افترضنا أن النصوص القانونية تتسم بالوضوح التام ، ولا تتطلب حينئذ أى مجهود من أجل تفسيرها ، فإن اجراء عملية التكييف لن تثير أى صعوبة ، لأنها ستنحصر فى مجرد تعيين الطائفة القانونية التى تستند إليها المسألة محل البحث ، وعلى العكس ، تتسم عملية التكييف بالتعقيد فى الفرض الخاص بالمسائل غير المألوفة والتى لم يتحدد اطارها بوضوح ، وفى الاتفاقات الجديدة التى تمخض عنها الواقع العملى . وفى هذه الحالة الأخيرة ، لا يخرج الأمر عن أحد فرضين : إما أن تكون العملية القانونية المختارة من قبل الأطراف محددة من جانب القانون ، ومن هنا ، ينبغى أن توضع تلك العملية فى اطار عقد من العقود المسماه ، وإما أن تكون العملية محل الاتفاق غير مألوفة وجديدة ،

(٢١) فى هذا المعنى جوتال ، التعليق على الحكم السابق ؛ لوتورنو ، المقال المشار اليه سابقاً .

وفى هذه الحالة ، يجب أن يلجأ الفقيه إلى تكييف من نوع خاص ، حسب مانادى به البعض[٢٢]، وحسب اعتقاده بأن هذا التكييف يتمتع بصفة الحياد من الناحية العملية .

٥٦ – بيد أنه يتعين الحذر الشديد عند اللجوء إلى تكييف العقد على أنه غير مسمى ، حتى نتجنب تعدد استخدام التكييفات غير المعروفة ، بل ونحاول ، قدر الامكان ، أن نجذب الاتفاقات الجديدة نحو الاطار الذى تدور فيه العقود الموجودة والمعروفة سلفا .

ولتحقيق ذلك الأمر ، فقد يلجأ الفقيه إلى قاعدة « أن الفرع يتبع الأصل » ، ومؤدى هذه القاعدة ، أن عناصر العقد من ناحية الوضع القانونى والنظام المطبق عليه يخضع للتكييف والنظام القانونى الخاضع لهما الالتزام الأصلى[٢٣]. هذا الفن القانونى المترجم فى فكرة خضوع الفرع

(٢٢) G. Cornu, contrats innonmes, rev. trim. dr. civ. 1976, p. 160

إن البحث عن تكييف جديد من نوع خاص قد يبدو مصطنعاً غير مقيد ، ولكن الحقيقة غير ذلك ، فقد يسمح مثل هذا التكييف للمتعاقدين ، باستبعاد القواعد الخاصة بالنظام العام l'ordre public التي تعد قواعد ملزمة ، ومن ناحية أخرى ، ومنذ عدة سنوات ، يجرى العمل في نطاق المعاملات التجارية على إعمال مبدأ الحرية التعاقدية التي تسمح بابرام عقود متميزة ، وكذلك ، اعداد عقود جديدة تماماً ، يصعب ربطها بفئات العقود التقليدية . هذه العقود الحديثة تستجيب لاحتياجات العمليات الاقتصادية المركبة ، وتشير إلى أن اعداد الأنظمة القانونية للعقود التقليدية هو أمر أكيد . وحصر مثل هذه العمليات في اطارات قانونية معدة ، لن يمثل الدلالة على نطاق هذه الظاهرة العقدية . (انظر في الموضوع الخاص بتكييف العقود في القانون المدنى ، رسالة أحمد زكي الشيتى ، القاهرة ١٩٤٤ :

Essai sur la qualification des contrats en droit civil.

وانظر نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٦٠ هامش ١ و ٢ .

(٢٣) قرب من ذلك ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٥٠ .

للأصل يعد نافعاً ، لأنه يسمح بتبسيط الأوضاع المركبة . بيد أنه يتضمن ، فى نفس الوقت ، خطورة تكمن فى تزييف الحقيقة عن طريق التبسيط المبالغ فيه . فمن ناحية ، أن كل الاتفاقات المركبة لا يمكن اجراء التكييف المسمى بصددها ، ومن ناحية أخرى ، فإن قاعدة تبعية الفرع للأصل تبدو غير ملائمة ، لأن تطبيقها قد يؤدى إلى معارضة إرادة الأطراف ، التى بتجزئتها للالتزامات المتنوعة ، قد ارادت أن تعبر عن نيتها فى تطبيق نظام قانونى خاص وصالح بصدد كل التزام[٢٤]

٥٧ – وقد يلجأ الفقيه ، بل والقضاء ، إلى عملية تفسيخ أو تجزىء لمختلف الجوانب التعاقدية . بيد أن الالتجاء إلى هذه الوسيلة يشوه بطريقة أو بأخرى الوحدة المرغوبة من قبل الأطراف فى عملية « تسليم مفتاح » . فإذا اتضح ، فى الواقع ، أن الالتزامات المختلفة توجد متداخلة ومتشابكة عن طريق رابطة ضرورية ، فإنه سيوجد ، ربما ، مجالا لاجراء وحدة تكييف للاتفاق المركب[٢٥].

---

(٢٤) فى هذا ، نصيرة ، الرسالة السابقة ، ص ٢٥١ .

(٢٥) V.H.L. et J. Mazeaud, ibid.;

وانظر ما كتبه جوتال : «Si par ex, l'opération est vente quant à la fourniture du matériel et entreprise quant à celle du logiciel, il s'en suivra que les clauses limitatives de responsabilité seront nulles en ce qui concerne la première prestation et valables en ce qui concerne la seconde. La difference de traitement résulte, certes, d'une jurisprudence bien connue, mais au sein d'une même opération elle est tout à fait illogique. Pis encore, le dépecage conduit à des impasses; si, comme c'est souvent le cas en matière d'informatique, l'origine exacte d'un vice demeure inconnue, il sera impossible de rattacher celui-ci à la

إن الأداءات التى تشملها عقود الحاسب الآلى (جهاز ، برامج ، خدمات) لا تشكل مجرد تجاور Une Juxtaposition لبعضها البعض ، ولكنها تخلق كلا جديداً تتضافر عناصره بعضها مع بعض من أجل ميلاد خلق جديد ، فلا يعبر فقط عن مجموع العناصر الداخلة فيه ، بل تكون غايته تحقيق العملية المعلوماتية ككل .

وعلى ذلك يمكن أن نعرض لتكييف عقد « تسليم مفتاح » كعمليه مركبة فى مطلبين :

المطلب الأول : تنوع التكييفات لعقد تسليم مفتاح .

المطلب الثانى : وحدة التكييف لعقد تسليم مفتاح .

المطلب الأول
تنوع التكييفات لعقد تسليم مفتاح

٥٨ – لوحظ من دراستنا السابقة أن عقد تسليم مفتاح يستوجب

---

prestation qualifieé vente, plutôt qu'a celle qualifieé entreprise; le système de qualifications multiples ne donne alors aucune solution et l'un de ses partisans (V. Hassler précité) admet qu'en pareille hypothèse, il faut rechercher une quialification d'ensemble, une nature juridique qui transcenderait la simple juxtaposition de contrats nommés».

انظر في هذا المعنى ، وبالنسبة للاتفاق المركب : باريس ، الدائرة الخامسة في ٢٨ فبراير ١٩٨٩ جوريس داتا رقم ٢٠٤٠٤ .

أساساً المشورة أو النصح ، ووضع الأجهزة ، والبرامج ، والخدمات الأخرى تحت تصرف العميل ، كما يستوجب أن يمزج كل ذلك وينصهر فى الغائية الخاصة منه ، وهى تحقيق العملية المعلوماتية . لذا ، كثيراً ما يلجأ العميل والمورد فى تعاقدهما بصدد العملية المعلوماتية إلى مثل هذا العقد ، رغم تباين مظهره . فهو مثل العقد المركب ، أو بالأخرى ، مثل مركب العقود التى تتحد عن طريق بعض الروابط نتيجة التماثل فى المحل ، أو السبب ، أو الهدف ، وربما فى الأطراف(٢٦).

هذا العقد « تسليم مفتاح » يظهر بوضوح بين العميل والمورد من خلال العملية المعلوماتية ، حتى ولو كانت الوسائل أو الأدوات القانونية متنوعة . ومن ناحية أخرى ، فإن عقد المعلوماتية « تسليم مفتاح » بسبب مظهره المتباين قد يبدو ، للوهلة الأولى ، بإمكانية إتصاله بواحد من العقود المسماه ، وبالتالى منتظما تحت نظام قانونى معروف ، لذا يقال بأن تكييف الاتفاقات التى من جنسه يكون بمثابة عاملا ميسراً ومعفياً من بذل الجهد فى التحليل(٢٧). **وهنا نتساءل عما إذا كان عقد « تسليم مفتاح » يمكن رده إلى أى مجموعة قانونية معروفة ومنظمة من قبل المشرع حتى يمكن الحصول على الفائدة من تحديد الطبيعة القانونية للعملية التعاقدية ؟**

---

(٢٦) انظر فيما يتعلق بصعوبة التمييز بين مركبات العقود والعقود المركبة :
B.Teyssié, Les groupes de contrats, Paris, 1975, p. 8 ets.

(٢٧) من أجل تكييف مماثل لعملية بيع الحاسب الآلى وتوريد البرنامج مع بيان أن أداء الخدمات ونقل التقنية لهما الغلبة: Reims, 22 Oct. 1984; Sté Toulokowitz
C.Parisot et autre, Juris-Data, No. 42626.

٥٩ – قد يذهب قائل إلى تجربة كل أداء على إنفراد مستقلا عن الآخر ليقر له بطبيعته ، ثم يرى ما إذا كان واحداً من هذه التكييفات يمكن أن تكون له الغلبة على بقية التكييفات الأخرى . ويدلل البعض[٢٨] على تكييف كافة الأداءات التى يشملها عقد تسليم مفتاح كل على حدة بالقول ، بأن المشورة أو النصح لا تمثل شيئاً آخر يختلف عن أداء الخدمات التى تنفذ فى نطاق عقد المقاولة ، والعمليات التى ترد على الحاسب الآلى قد تكون تارة بيوع ، وتارة ذات أشكال تعاقدية أخرى كالايجارة ، أما بالنسبة لخدمات البرامج ، فتارة تكون بمثابة ايجارة (وهذا هو الحال بالنسبة للبرامج الأساسية ، أو لمنتجات البرامج التى أمست محلا لحق ملكية) ، أما فيما يخص البرامج النوعية ، والتى ستكون محلا لحق ملكية فى تاريخ لاحق ، فإن العقود التى ترد عليها تكون بمثابة مقاولة . وهو ما يفسر الأخذ بتعدد التكييفات بصدد العملية المعلوماتية « تسليم مفتاح » .

وغنى عن الذكر أن تعدد التكييفات ، على هذا النحو ، يشوه بطريقة أو بأخرى الوحدة المرغوبة من المتعاقدين ، فضلا عن الذهاب بوحدة الهدف الاقتصادى المراد تحقيقه ، والتى تعد هذه الأداءات مجرد وسيلة من أجل الوصول إليه ، وبالتالى لا يمكن أن تفسر التفسير الصحيح إلا باسنادها إلى الهدف المرجو تحقيقه من ورائها ، لذا لابد من وحدة التكييف ، وهو مانوضحه من خلال المطلب التالى :

---

(٢٨) لامى ، عقود المعلوماتية ، عقد تسليم مفتاح ، عام ١٩٩١ ، رقم ٣٠٦ وما بعدها .

المطلب الثانى
وحدة التكييف لعقد تسليم مفتاح

٦٠ عرفنا فى عجز التمهيد لهذا المبحث أن القضاء يميل إلى عملية تفسيخ لمختلف الجوانب التعاقدية حتى يتسنى له تطبيق نظام البيع ، أو المقاولة ، أو أى نظام آخر على هذا الجانب أو ذاك من جوانب عقد « تسليم مفتاح » . كما عرفنا أن الفقه ، وبطريقة عامة ، يذهب إلى وجهة النظر هذه ، حيث يجزىء العلاقات التعاقدية ، بطريقة استغراقية ، معطياً لكل عملية على حدة تكييفها الصحيح(٢٩).

ومع ذلك ، نود أن نلفت الانتباه مع البعض الآخر(٣٠) إلى أن التطبيق العملى للتجزىء تصاحبه كثير من العيوب : منها ، كما تقدم ، أنه يشوه الوحدة المرغوبة من المتعاقدين فى عملية تسليم مفتاح ، فضلا عن اغفاله ، كما تقدم أيضا ، لوحدة الهدف الاقتصادى المراد تحقيقه من وراء تنفيذ العملية المعلوماتية .

وعلى ذلك ، إذا اتضح ، من حيث الواقع ، أن الالتزامات المتعددة والمتنوعة متداخلة ومتشابكة عن طريق رابطة ضرورية ، مثل رابطة عقد تسليم مفتاح ، فإنه سيكون هناك مجالا محتملا لاجراء وحدة تكييف

(٢٩) V. Cass. 3e civ. 16 Mars 1977, No. 75-13-776, J.C.P. 1978-II- 18913, note Hassler; G. Cornu, Rev. trim. dr. com. 1977-785; adde, mais avec des nuances, H.L. et J. Mazeaud, op. cit., No. 133g.

(٣٠) انظر ، هنرى وليون وجون مازوه ، الموضع السابق .

للاتفاق المركب[٣١]. وهذا ما قصده الفقيه Goutal حيث كتب : « إذا كانت العملية ، على سبيل المثال ، بيع من ناحية توريد الحاسب الآلى ، ومقاولة من ناحية توريد البرامج ، فإنه يترتب على ذلك الآتى : بالنسبة للشروط المحددة للمسئولية ستكون باطلة فيما يتعلق بالأداء الأول ، وصحيحة فيما يخص الأداء الثانى . إن الاختلاف فى المعاملة نتيجة التجزىء يكون غير منطقى تماماً فيما بين الفرضين السابقين ، بل أن الأسوأ من ذلك ، أن التفسيخ يقود إلى طريق مسدود ، ويحدث ذلك فى الحالة التى يظل فيها الأصل الحقيقى لعيب من العيوب مجهولا وغير معروف ، وهو ما يقع كثيراً فى عقود « المعلوماتية » ، فإنه يصبح من الصعب إن لم يكن من المستحيل إلحاق ذلك بأداء تُكيف على أنه بيع أو مقاولة » .

خلاصة القول ، أن نظام التكييفات المتعددة لا تعطى أى حل ، بل أن واحداً من أشد أنصار تعدد التكييفات ، ذهب إلى القول بخصوص فرض مماثل (وهو الفرض الذى يظل فيه الأصل الحقيقى لعيب من العيوب مجهولا وغير معروف) إلى وجوب البحث عن تكييف شامل ، أى يجب البحث عن تكييف قانونى يتفوق على مجرد فكرة التقريب للعقود المسماه[٣٢].

وعلى ذلك ، يقترح الفقيه جوتال فى ملاحظاته ، « أن يتم الخيار

---

(٣١) انظر ، هنرى وليون وجوق مازوه ، الموضع السابق .

(٣٢) Paris, 5e ch. A, 28 Fev. 1989, société SCOD C. Société Gamme, Juris-Data, No. 20404.

حال تكييف عقد تسليم مفتاح بين البيع والمقاولة »[٣٣]. وقد أوضح الفقيه جوتال « أن تكييف عقد تسليم مفتاح على أنه بيع بالتبعية للجهاز يتكون عادة من اختيار مناسب للمصلحة ، ولكن يجب ألا تنسى أن المظاهر كثيراً ما تكون مضللة ، كما أن غالبية أداءات الخدمة ، خاصة مايميز منها عقد تسليم مفتاح لم تخضع بعد للمعرفة ، فضلا عن أن الاتفاق الذى يهدف إلى حماية البرامج وصيانتها لا يأتى الا بعد مرحلة خلق هذه البرامج واعدادها ، ولذا فإن اتفاقاً من هذا القبيل لا يمكن أن يكون إلا عقد مقاولة » .

٦١ - ١٠ انعكاس التطور على موضوع بحثنا سينتهى ، إن شاء الله ، إلى بيان فروق التعاقد الدقيقة . ومع ذلك ، فإنه من الثابت الآن أن بعض العقود التى ترد على البرامج يمكن تحليلها إلى بيع ، وأن البعض الآخر يمكن تحليله إلى ايجار ، ولكننا نعتقد فى نفس الوقت ، أن البعض الثالث من هذه البرامج خاصة « طلبية البرنامج النوعى » الذى يلعب دوراً هاماً فى عقد تسليم مفتاح ، لا يمكن تحليله إلى بيع يتحقق فى المستقبل ، بل يتحلل إلى مقاولة لأنه يرد على عمل .

أكثر من ذلك ، فإن القضاء نفسه يعتبر الالتزام بالمشورة ، وهو أحد أهم الالتزامات الذى يميز عقد تسليم مفتاح ، مقاولة خالصة ، لكونه إلتزاماً أصلياً يثقل كاهل المورد لما يتصف به هذا الالتزام من خاصية قاطعة التأثير فى اتخاذ القرار . بل أننا نكون أمام مقاولة خالصة

---

(٣٣) يلاحظ أن جوتال لا يستبعد أن يتم الخيار بين أنواع أخرى : كالايجار العادى والايجار التمويلى انظر : J.L. Groutal, note précitée.

بالنسبة لمختلف النشاطات التابعة لاداءات الدراسة ، والتشييد والمساعدة الفنية والصيانة ... الخ .

من هنا يقترح الفقيه Goutal تكييفا متجانساً لعقد « تسليم مفتاح » آخذاً فى اعتباره تكلفة الخدمات بالمقارنة بأسعار الأجهزة . ويتمثل هذا التكييف عنده فى عقد المقاولة : « إن جماع الخدمات عبارة عن أن العقد يولد التزاماً بتوريد عمل فى مقابل جزء من الثمن ، بطريقة مستقلة عن الجهاز ، ولذا فإن العقد فى هذه الحالة لا يكون إلا مقاولة (...) بيد أن ذلك لا يعنى أن توريد الجهاز لن يكون لدينا إلا بمثابة عقد دراسة أو عقد مشورة ، بل هو التـــزام جوهرى مثل تقديم المشورة وتقديم البرنامج ، إلا أنه يمكن القول بأن أهمية الجهاز النسبية ليست كافية ليحنى مؤشر التكييف لصالح البيع »(٣٤).

٦٢ - وجدير بالذكر ، أن محكمة باريس التجارية قد ذهبت إلى نفس المعنى فى حكمها الصادر فى ١٢ يوليه ١٩٧٢ : « إن واجب التعاون المتبادل يتعين أن يوجد بين الأطراف ، لأن النتيجة المطلوبة تعتمد ، فى نفس الوقت ، على الصفات الخاصة بالجهاز ، كما تعتمد على الشروط التى يوضع الجهاز على أساسها موضع التنفيذ » . ولقد دللت المحكمة فى نفس الحكم على أن المورد لا يلتزم بتحقيق نتيجة ، بل يلزم ببذل عناية . وعلى ذلك ، فإن عقد تسليم مفتاح له كل خصائص العقد الصناعى « أى المقاولة » ، وليس الخصائص التى تميز عقد البيع(٣٥).

---

(٣٤) J.L. Goutal, note précitée, adde, J.Huet, note sous Paris, 7 Mars 1984, D. 1985-I.R. 42.

(٣٥) Trib. Com. Paris, 10e ch. g déc. 1985 société Jarène C. société I.C.L.,

وبناء على ذلك ، يمكن أن نوجز النتائج المترتبة على تكييف المقاولة الذى رجحناه فى التالى : من ناحية الثمن ، فإن عدم تحديد الثمن بداية لن يكون سبباً مبطلا فى عقد « تسليم مفتاح » وهو ما يميز عقد المقاولة عن عقد البيع . من ناحية وقف التنفيذ ، فالعميل يمكنه فى أى لحظة أن يوقف تنفيذ العمل دون أن ينسب إليه خطأ تعاقدى ، وهو كذلك ما يميز عقد المقاولة عن عقد البيع . ومن ناحية الضمان ، فإن الشروط المحددة للضمان ستكون صحيحة فى عقد المقاولة دون عقد البيع .

إن هذا التحليل يبدو لنا مقنعاً ومطابقاً لطبيعة الأشياء ، بيد أنه يتعين لاتباعه والأخذ به أن نسترجع النية المشتركة للمتعاقدين بناء على الغاية التى يتعين أن توضع موضع التنفيذ ، كما يجب ، من ناحية أخرى ، تحديد وتعريف الالتزامات المتبادلة بين الأطراف .

= inédit; confirme par la Cour d'appel de Paris, 5' ch. A, 28 Sept. 1988, inédit; «Un devoir réciproque de collaboration doit exister entre les parties car le résultat obtenu dépend à la fois des qualités propres du matériel et des conditions dans lesquelles ce matériel a été mis en oeuvre avec le concours des deux parties (Paris 12 juill. 1972) et dans même arrêt, la cour relève que le fournisseur «n''était pas tenu à une obligation dé résultat, il n'a donc qu'une obligation de moyens». Le contrat de fourniture d'ordinateur «clé en main» a donc toutes les caracteristique d'un contart d'industrie (d'entreprise ?) et non celle d'un contrat de vente».

وانظر عكس ذلك الحكم Paris, 16e ch. A, 29 Sept. 1987, Banque parisienne de crédit C. société S.E.S.A. Juris-Data, No. 27807.

الخاتمـــة

غنى عن الذكر أن دراستنا هذه دارت حول مسألة تكييف العقود المتعلقة بالحاسب الآلى والبرنامج والخدمات . ولعل الصعوبات الجمة التى تحيط بهذا الموضوع ، وحداثة العهد باستخدام الحاسب الآلى ، من ناحية ، ولعدم وجود نصوص قانونية تنظم تلك المسألة ، من ناحية أخرى ، كانت الدافع لاختيارنا بحث تلك الطبيعة الخاصة بعقود « المعلوماتية » .

ولئن كانت مقارنة الهياكل القانونية لعقود المعلوماتية بما يقدمه النظام القانونى من صيغ تشكل طريقاً أو أسلوباً تقليدياً للبحث عن التكييف اللازم ، فإن ذلك لايفى بالغرض المطلوب ، لما لعقود « المعلوماتية » من طابع علمى وتجارى ، فضلا عن تعدد المحل التى ترد عليه نتيجة تعدد الأداءات التى تتضمنها . لذا يتعاصر توريدات الأموال المادية مع التوريدات المعنوية . بيد أن هذه الأداءات مجتمعة يمكن تفسيرها من خلال عقد من العقود التى ظهرت حديثاً وارتبط ظهورها بالتقدم التكنولوجى ، وهو عقد تسليم مفتاح .

من هنا انقسم بحثنا لهذه الدراسة إلى فصول ثلاث : خصصنا الأول لتكييف العمليات المتعلقة بالأموال المادية كالحاسب الآلى والتركيب ، وعرضنا فى الثانى لتكييف العمليات المتعلقة بالأموال المعنوية كالبرامج

والخدمات الذهنية ، وتناولنا فى الأخير الطبيعة القانونية لعقد تسليم مفتاح كنظام قانونى واحد يشمل جميع الأداءات .

وإذا كان تكييف العمليات الخاصة بالأموال المادية لايثير كثيراً من المشاكل ، كأصل عام ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لبعض الفروض القليلة ، خاصة ، ما يتعلق بشروط التعاقد والأحكام التى اتفق عليها العاقدان ، وتحل مسألة التكييف فى هذه الحالة عن طريق اعطاء الوصف القانونى الصحيح للعلاقة التى استجمعت عناصرها ، وفقاً لظروف التعاقد والنية المشتركة للمتعاقدين .

أما فيما يتعلق بالأداءات المعنوية ، فإن تكييف الاتفاقات التى تجعل منها محلا يكون أكثر اضطراباً من تلك المتعلقة بالعمليات المادية . ولعل السبب فى ذلك يكمن فى تنوع الخدمات ، وفى عدم وضوح محل هذه الخدمات ، فضلا عن أن العقود التى تتناولها لا تكون ، دائما وبالضرورة ، محررة بدقة ، لعدم توافرها على قوالب ثابتة ، مثل عقود التصميم وطريقة الصنع وتقديم المشورة والمعرفة الفنية والقيام بالدراسات اللازمة واعداد فريق المستخدمين ، علاوة على خدمات البرامج التى تمثل جوهر الحاسب الآلى . لذا تعرضنا بالبحث لمسألة تكييف أداءات البرامج من ناحية ، والاداءات المتعلقة بالخدمات الأخرى ، من ناحية ثانية .

وغني عن الذكر تنوع البرامج وكثرتها ، منها ما يسمى بالبرامج الأساسية أو الاستغلالية أو التطبيقية ، ومنها مايسمى بالبرامج النوعية ، وكما تقدم فى دراستنا للبرامج ، فإن طبيعتها القانونية تشكل حيرة كبيرة ، وتأتى هذه الحيرة ، فى معظم الأحيان ، من الرغبة فى مزج العقود المتنوعة فى

قالب واحد ، مما أدى بنا إلى التمييز بين البرامج نفسها وما إذا كانت موجودة سلفاً ، أم واجبة الاعداد ، وكذلك ما إذا كانت تمثل محلا لحق استئثارى أم لا .

فبالنسبة للبرامج المعدة سلفاً ، فرقنا بين البرامج التى تمثل محلا لحق استئثارى وتلك التي لا تكون كذلك . وبتعرضنا للفرض الأول : وهو البرامج المعدة سلفا التى تمثل محلا لحق استئثارى ذهبنا إلى وحدة الطبيعة بين البرامج الأساسية والتطبيقية والاستغلالية . ولاحظنا أن تكييف العقود والتى ترد على هذه البرامج تختلف بحسب ما إذا كان صاحب البرنامج قد حصل على براءة اختراع أم لا ، وفى الحالة الأولى ، وجدنا أن التكييف لا يخرج عن كونه تنازلا أو ترخيصاً . أما فى الحالة الثانية ، وهى حالة ما إذا كان صاحب البرنامج لم يحصل على براءة اختراع ، ومع ذلك قام المخترع أو المورد باستغلال البرنامج واستفاد من ذلك ماليا ، دون
اختراعه للغير ، فإنه يكون مستغلا لسر اختراعه ، وليس مستغلا لحق ملكية صناعية كاملا . ولذا يمكن اعتبار البرنامج من قبيل الأعمال الذهنية ، وبالتالى يمكن حمايته بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف .

ومن ناحية البرامج المعدة سلفاً التى لا تمثل محلا لحق استئثارى ، والتى يمكن تشبيهها بالمعرفة الفنية . وهذه الأخيرة إن كانت تمثل ميزة إقتصادية تسعى المشروعات الحائزة لها إلى الهيمنة عليها بطريقة تضمن لها احتكارها ، بيد أنها لا تمثل محلا لحق ملكية خاصة . حقيقة أن المعرفة الفنية تعطى حائزها الامكانية المادية فى أن يحتفظ بها فى السر ، إلا أن الاحتفاظ بها سراً لا يخول حائزها الحق فى أن يمنع عن الغير إمكانية

استخدامها والتوصل إليها . لذا يبدو من غير المتصور القبول بأن صاحبها يعد مستفيداً بحق خاص عليها يمكن وصفه بأنه مالكا لها . وعلى ذلك ، فإن العقد الذى يرد عليها يمكن نعته بالمقاولة ، لما يولده من التزام بعمل ، هو قيام صاحب المعرفة الفنية نتيجة تعده فى مواجهة المستخدم « أى العميل » للبرنامج بنقل المعلومات الضرورية لاستغلاله .

أما البرنامج تحت الاعداد ، وهو الذى يأخذ شكل البرنامج النوعى ، فقد يكون بسيطاً لايثير مشكلة من حيث تكييفه ، لأنه يكون بمثابة قيام المورد ببعض الأعمال لمصلحة العميل ، وإما أن يكون البرنامج النوعى معقداً ، أى يمكن أن يحصل صاحبه على براءة اختراع فى المستقبل وبالتالى يحتمل أن يكون محلا لحق استئثارى ، وهنا يكون الأمر جد مختلف ، حيث يتولى العميل تمويل هذا الأداء ، وكنتيجة منطقية لذلك ، سيرغب فى الاحتفاظ بكامل سلطاته على البرنامج ، بيد أن المورد نظير اشتراكه هو الآخر لمقابل أقل من التكلفة الحقيقية التى كان سيتحملها العميل يرغب فى الاحتفاظ ببعض من هذه السلطات على البرنامج النوعى ، مما يؤدى إلى اختلاف التكييف وما يترتب عليه من اختلاف النتائج .

ومجمل القول أنه بخصوص البرنامج النوعي المعقد لا يمكن الحديث عن عقد حوالة (أى بيع) لأنه يلزم لكى تبرم الحوالة صحيحة أن يكون البرنامج النوعى قد حصل صاحبة على براءة اختراع ، على الأقل ، وقت ابرام الحوالة ، وهو مالا يتصور ، لأن الفرض أن البرنامج مازال تحت الاعداد . كذلك لا يمكن القول بوجود حوالة كاملة (أى بيع) لأعمال فى المستقبل لتحريم ذلك بنص صريح من قبل المشرع الفرنسى ، وبناء علي ذلك يسود الاعتقاد أن عقد أداء الخدمات النوعية (البرنامج النوعى) يتعلق بعقد من عقود المقاولة .

وكذلك الحال فى تكييفنا للأداءات المتعلقة بالخدمات الأخرى ، التى لا غنى عنها ، كالدراسات الأولية ، وتقديم المشورة ، ومعالجة المعلومات ، وصيانة الأجهزة ، وتدريب وتكوين فريق التشغيل ، بأنها بمثابة عقود مقاولة ، لكونها تنطوى جميعها على القيام بعمل معين لمصلحة العميل ، ولأنها تتسم بالطابع الذهنى .

ولقد تبينا من دراستنا أن العميل مضطر لابرام عدد مختلف من العقود لكى يستطيع تحقيق العملية « المعلوماتية » . وليس بخاف أن لهذا التنوع فى العقود عيوب تتجاوز مزاياه . لذا يفضل العميل ، عادة ، الالتجاء إلى صيغة واحدة ومقاول واحد لاتمام تلك العملية ، وهو ما يتحقق عن طريق ما يسمى بعقد « تسليم مفتاح » . حيث يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة حاسباً آلياً وتسليمه جاهزاً للتشغيل . وإن كان هذا العقد قد ظهر أول ما ظهر فى مجال البناء والتشييد ، إلا أنه استخدم حديثا فى مجال التصنيع بنتيجة التطور الهائل فى التكنولوجيا .

حقيقة أن عقد تسليم مفتاح لم يحظ بتنظيم تشريعى إلا أنه أصبح يستخدم كثيراً ضمن العلاقات التعاقدية فى مجال الحاسبات الآلية ، فضلا عن استخدام القضاء له بهدف إضفاء وصفاً معيناً على التزامات الموردين ، أو لتحريك مسئولياتهم . وإن كان قد ثار خلاف كبير حول مضمون هذا العقد ، وهل ينطوى على التزام بتحقيق نتيجة ، أم أنه مجرد التزام بوسيلة . بيد أن الأهم من ذلك هو تحديد طبيعته التى اختلف فيها كثيراً : وإذا كان البعض قد نعته بأنه عقد غير مسمى ، وبالتالى اختلف هذا البعض حول تكييفه والأدوات التى يتعين استخدامها فى هذا التكييف (تبعية الفرع للأصل ، أو التفسيخ) ، إلا أن التزاماته المتعددة المتداخلة والمتشابكة تبقى على إمكانية صبغ أغواره بتكييف قانونى

شامل ، بدلا من مجرد فكرة تقريبية من العقود المسماه ، ومن هنا يقترح البعض تكييفا متجانساً لهذا العقد ويتمثل هذا التكييف فى عقد المقاولة .

وترديداً لما تقدم ، فإن تكييف عقد « تسليم مفتاح » بعقد مقاولة يرتب نتائج غاية فى الأهمية ، وتتلخص فى : أن عدم تحديد الثمن بداية لن يكون سببا لبطلان عقد تسليم مفتاح ، كما أن للعميل أن يوقف تنفيذ العقد بارادته المنفردة ، فضلا عن إمكانية تحديد الضمان فى عقد تسليم مفتاح بوصفه عقد مقاولة .

تم بحمد الله

قائمة المراجع العربية

١ - المراجع العامة :

أكثم الخولى :

التشريعات الصناعية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة .

توفيق حسن فرج :

عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية فى ١٩٦٩ .

سليمان مرقس :

- شرح القانون المدنى ٣ ، العقود المسماه ، المجلد الأول ، عقد البيع ١٩٦٨
- المجلد الثانى ، عقد الايجار ، ط ٤ ، عام ١٩٨٥ .

سميحة القليوبى :

الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

عبدالرازق السنهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ ١ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، القاهرة ١٩٦٤ .
- الوسيط ، جـ ٤ ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٤
- الوسيط ، جـ ٦ . عقد الايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٤ .
- الوسيط ، جـ ٧ / ١ ، المقاولة والوكالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٤
- عقد الايجار (ايجار الاشياء) منشورات محمد الداية ، بيروت .

عبدالمنعم البدراوي :

عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٥٧ .

- العقود المسماة ، الايجار والتأمين ، القاهرة ١٩٦٨ .
- شرح القانون المدنى ، فى الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥٦

محمد حسنى عباس :

الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، الجزء الأول ، ١٩٦٩ .

محمد لبيب شنب :

شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٢ .

مصطفى محمد الجمال :
الوسيط فى أحكام الايجار ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية فى ١٩٩١ .

منصور مصطفى منصور :
مذكرات فى القانون المدنى ، العقود المسماة ، فى البيع والمقايضة والايجار ، دار المعارف بمصر ، ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ .

٢ - المراجع الخاصة :

ابراهيم دسوقى أبو الليل :
البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٤ .

سعد محمد الهجرسى :
المكتبات وبنوك المعلومات فى مجمع الخالدين وحديث السهرة عام ١٩٨٥ ، توزيع البيت العربى للمعلومات .

محمود محمد فهمى :
التأجير التمويلى ، وسيلة جديدة للتمويل وتنشيط سوق المال ، اصدارات وزارة شئون الاستثمار والتعاون الدولى ، الهيئة العامة لسوق المال .

٣ - الرسائل :

أحمد زكى الشيتى :

تكييف العقود فى القانون المدنى ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٤٤ :

Essai Sur La Qualification des Contrats En Droit Civil, th. Caire, 1944.

نصيرة بوحجة سعدى :

عقود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل الدولى ، رسالة دكتوراه ، حقوق الاسكندرية ، ١٩٨٧ .

يوسف عبدالهادى خليل الاكيابى :

النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص ، ١٩٨٩ .

٤ - الأبحاث والمقاولات :

عبدالمجيد الحكيم :

بحث بعنوان « هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية ، وهل يمكن أن يكون للالتزام أثر ، مجلة القضاء العراقية ، بغداد ، عدد حزيران ١٩٦٦ .

عمار معاشو :
عقود المفتاح فى اليد فى مجال التصنيع بالجزائر ، بحث لنيل درجة الماجستير فى القانون الدولى والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جانفى ١٩٨٦ .

محسن شفيق :
عقد تسليم مفتاح ، نموذج من عقود التنمية ١٩٨٢ - ١٩٨٣ ، على الآلة الكاتبة لدبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :
الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكترونى ، ١٩٨٧ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة .

محمـد ديويـدار :
اتفاق الائتمان التأجيرى ، بحث لطلبة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ ، مطبوع على الآلة الكاتبة .

قائمة المراجع الفرنسية

I. Ouvrages generaux et traites:

Burst (J.J.);

Breveté et licencée, leurs rapports juridiques dans les contrats de licence, éd. Litec, Paris 1970

Chavanne (A.) et Burst (J.J.);

Droit de la propriété ındustrielle, Précis Dalloz 1990. et éd. Dalloz Paris, 1976.

Le Tourneau (P.);

La responsabilité civile, éd. Dalloz, Paris, 1982.

Mazeaud (H.L. et J.) par de Juglart (M.);

Leçons de droit civil, T III, Volume, 1, et 2,4em éd. 1974.

Mousseron (J.M.) et Sonnix (A.);

Le droit français nouveau des brevets d'inventions, Litec, coll. CEIPI, Paris, 1978.

Planiol (M.) et Ripert (G.) par Hamel (J.);

Traité pratique de droit civil français, T. X. Paris 1956.

Reboul (Y.);

Les contrats de recherches, Litec, coll. (EIPI, Paris.

Roubier (P.);

Le droit de la propriété industrielle, éd. Siery, T.II, Paris, 1952-1954.

Teyssié (B.);

Les groupes de contrats, Paris, L.G.D.J., 1975.

II. Ouvrages Spéciaux

Bertrand (A.);

Protection juridique du logiciel, éd. LES, Parques, 1984.

— La protection des programmes d'ordinateur aux USA par le droit d'auteur, Expertise No. 55 Oct. 1983, p. 201 et S.

Blanquet (N.);

La protection des programmes d'ordinateurs mémoire pour le diplôme des études superièurs spécialisees du droit de la propriété industrielle, Paris 11 Oct. 1979.

Coilot: Initiation au leasing ou crédit - bail, 2e éd. 1969.

Demin (P.);

Le coutrat de know-how, étude de sa nature juridique et du regime fiscal des redevances dans les Pays du Marché Commun, 1968.

El Mokhtar Bey;

De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers, Dalloz 1970.

Goode (R.M.);

Hire-purchase: Law and practice, London, 1962.

Lucas (A.);

Droit de l'informatique, Paris, PUF, thèmis, 1987.

Wallon (F.);

Les mirages du «clé en main», exp. 1980.

III. Thèses:

Arty (J.F.);

L'entreprise mobilière avec fourniture de matiére, essai de qualification. Th. Montpellier, 1972.

Blanc (G.);

Le contrat international d'équipement industriel, th. Aex-en-provence, 1980.

Dowidar (H.M.);

De déséquilibre des prestations dans la convention de crédit-bail, th. Bordeaux, 1990.

Hassler (Th.);

Les contrats de contruction d'ensembles industriels th, strasbourg 1979.

IV. Articles de revues:

Azema (J.)

— Definition juirdique de know-how, colloque de Montpellier 1975, 5eme rencontre de propriété industrielle, 1975, p. 15.

— Le know-how, actualités de droit de l'entreprise No.7, Montpellier 1975, 5eme, rencontre de propriété industrielle, Paris Litec, 1976.

Burst (J.J.);

L'assistance technique dans les contrats du transfert technologique «Contrat de communication de savoir faire et contrat de licence de brevets d'invention» Daloz, 1979 chronique, p.1.

Cabrillac (M.);

Leasing, Encyclopedie Dalloz.

Cass (G.) et Bout (R.);

Lamy droit economique 1991 No. 8252 et S.

Chamoux (J.P.) et autre;

L'appropriation de l'information, Litec, Librairées Techniques, Paris 1986.

Champaud (Cl.);

— La concession commerciale, R.T.D. com. 1963, p. 451

— Le leasing, J.C.P. 1965, 1, 1954.

— La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit - bail, J. C.P., 1966, 1, 2021.

Costes (L.);

— **Cession concession de licence, sous licence de progiciels, Lamy droit de l'informatique, 1986, mise à jour E, p. 9.**

— **La difficile harmonisation européenne de la protection juridique des programmes d'ordinateur, cahier Lamy, août 1989 (F) p.12.**

Desbois (H.);

La propriété litteraire et artistique, Encyclopedie Dalloz.

El Mokhtar Bey;

Les aspects juridiques de la convention de crédit-bail mobilier (pour une defance de l'efficacité du lessing) J.C.P., éd. C.L, 1969.

Grether-Remondon (M.);

Le contrat de progiciel, aspects juridiques et pratiques, C.X.P. 1980.

Goudrat (Ph.);

Les contrats de fournitire de logiciel, Droit de l'informatique 1986, 2, p.55.

Groze (H.) et Bismuth (Y.);

Le contrat dit de licence de logiciel, J.C.P. 1986, 11, 14659.

Lamberterie;

Contrat crédit-bail et contrat clé en main J.-CL. contrat distribution, Fasc. 736.

Le Stanc (Ch.);

— Analyse de la directive du 14 Mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur in cahier Lamy, Nov. 1991 (H.) p.3.

— Le commerce juridique des biens informatiques en 1986, recherches et applications en marketing No.2, 1982

— Observations sur la proposition de directive du conseil C.E.E. concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, cahier Lamy, déc. 1989 (1) p.3

Le Stanc (Ch.) et Prim (A.);

Les droits en France de créateurs d'informatique, Rev trim. dr economique, 1989, 2, à.211.

Le Tourneau (P.);

Tres breves observations sur la nature de contrats relatifs aux logiciels, J.C.P 1982, 1, 3078.

Lucas (A.);

Droit de l'informatique, Paris, PUF.

Mera;

Le leasing en France, Rev. trim. dr. com. 1966 p. 49.

Mialon (M.F.);

Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil: Le contrat de conseil en organisation d'entreprise, Rev. trim. dr. Civ. 1973, p.19.

Mousscron (J.M.);

— Le Know-how, cahier. dr. entreprise, 1972, No.1, J.C.P. (CL) avr. 1972.

— Brevet d'invention, Rep. dr. com. Dalloz.

Savatier (R.);

— Les ventes de services, D. 1971, chronique 223.

— Les contrats de conseil professionnel en droit privé Dalloz, 1972 chronique, p. 137.

Teyssié (B.);

Les problemes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingenierie.

Tunc (A.);

Ebouche d'un droit professionnel, in melanges:

Ripert 1950 et pedamon (M.) y-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, Rev. Trim. Dr. Com. 1959 p.355.

Vivant (H.);

Apropos des biens informationels, J.C.P.(E), 1984, L, 14200.

Revue: Lamy droit de l'informatique, ouvrage

Couronné par l'institu de France, A cademic des sciences Morales et Politiques, 1991.

الفهـــرس

إهـــداء .	٥
دواعى اختيار البحث .	٧
تمهيـد وتقسـيم	٩
الـفصل الأول : فى العمليات المتعلقة بالأموال المادية (الحاسب الآلى خدمات التركيب)	١٥
تمهيـــد وتــقسيم	١٥
المبحـــث الأول : اعتبـــار العمليـــة بيعاً	١٧
المطلـب الأول العمنية بين البيع والايجار	١٨
المطلـب الثانى العملية بين البيع والايجار الائتمانى	٢٣
المطلـب الثـالث العملية بين البيع والعارية	٣٢
المطلـب الرابـع : العملية بين البيع والمقاولة	٣٣
المبـحث الثـــانى : اعتبار العملية ايجاراً .	٤١
المطـلب الأول : العملية بين الايجار والعارية .	٤٢
المطـلب الثـانى : العملية بين الايجار والبيع الايجارى .	٤٦
الـفصل الثـانى : فى العمليات المتعلقة بالأموال المعنوية (البرامج ، الخدمات الذهنية) .	٥٥

تمهيـــد وتـــقسيم ٥٥
المبـــحث الأول : تكييف أداءات أو خدمات البرامج ٥٧
وضع المسألة تقسيم ٥٧
المطـــلب الأول : البرنامج المعـــد ســـلفاً . ٦٢
الفـــرع الأول : البرامج المعدة سلفاً تمثل محلا لحق استئثارى . ٦٣
الفـرع الثـــانى : البرامج المعدة سلفاً لا تمثل محلا لحق استئثارى . ٧٧
المطـلب الثـــانى : البرنامج تحـــت الاعـــداد ٨٢
الفـــرع الأول : احتمال أن يكون البرنامج محلا لحق استئثارى . ٨٣
الفـرع الثـــانى : اختلاف النتائج المترتبة على إختلاف التكييف . ٨٦

المبـحث الثـــانى : تكييف الأداءات المتعلقة بالخدمات الأخرى .
تنوع الأداءات تقسيم ٨٩
المطـــلب الأول : تكييف الأداء المتمثل فى تقديم المشورة أو النصح . ٩٢
المطـلب الثـــانى : تكييف الاداء المتمثل فى اعداد المستخدمين (عقد المساعدة الفنية) . ٩٤

الفصل الثالث : عقد تسليم مفتاح . ٩٧
تمهيـد وتـــقسيم : ٩٧
المبحـــث الأول : مـاهيـة عقـد تسـليم مفتـاح . ٩٨

المطلب الأول : تعريف عقد تسليم مفتاح . ٩٩
المطلب الثانى : مضمون عقد تسليم مفتاح . ١٠٣

المبحث الثانى : تحديد طبيعة عقد تسليم مفتاح . ١٠٨
المطلب الأول : تنوع التكييفات لعقد تسليم مفتاح . ١١١
المطلب الثانى : وحدة التكييف لعقد تسليم مفتاح . ١١٤

الخاتمة ١١٩
قائمة المراجع العربية . ١٢٥
١ - المراجع العامة . ١٢٥
٢ - المراجع الخاصة ١٢٧
٣ - الرسائل . ١٢٨
٤ - الأبحاث والمقالات . ١٢٨

قائمة المراجع الفرنسية . ١٣٠
١ - المراجع العامة والمطولات . ١٣٠
٢ - المراجع الخاصة . ١٣١
٣ - الرسائل . ١٣٢
٤ - المقالات . ١٣٢

رقم الإيداع ٣٠٤٤ / ١٩٩٢

I.S.B.N 417-5009-0-1-3

رواى للطباعة والإعلان

Rawy Printing & Advertising

١٥ ش عمر بن عبد العزيز - العصافرة - الإسكندرية